Die Beweislast für Verschulden.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg a. L.

vorgelegt von
Kurt Wolf
Referendar aus Hildesheim.

Marburg a. d. L. 1927.

Referent:
Geheimer Justizrat Prof. Dr. Fr. Leonhard.

Angenommen von der Juristischen Fakultät
der Universität Marburg im Mai 1927.

Einleitung.

§ 1.

Das geltende Recht steht in unserer Arbeit im Vordergrunde. Doch können wir auch auf das gewesene nicht ganz verzichten. Gerade bei der Beweislast für Verschulden bei der nachträglichen Unmöglichkeit ist ein Eingehen auf die Geschichte des im § 282 ausgesprochenen Gedankens erforderlich.

Aber nicht nur die Beweislast für Verschulden soll untersucht werden, sondern auch grundsätzliche Fragen der Beweislast. Da es im Gesetz an jeglicher allgemeinen Beweislastregelung fehlt, — nur einzelne Vorschriften für den Einzelfall wie § 282 gibt es — ist naturgemäß ein großes Streiten in der Wissenschaft entstanden, um eine allgemein gültige Theorie für die Beweislast zu finden. Wir müssen uns also schon zu Anfang für die eine oder andere allgemeine Beweislasttheorie entscheiden. Erst dann können wir auf Grundlage der allgemeinen Lösung zu einer speziellen für unser Thema gelangen oder auch nachprüfen, ob unsere allgemein aufgestellte Lehre bei der gesetzlichen Regelung des § 282 standhält. Auch bei der positiven Vertragsverletzung ist ein Exkurs, und zwar über den Begriff, nötig. Der Grund ist derselbe wie oben: Es fehlt an einer gesetzlichen Regelung. Immer wenn es sich um eine freie Fortbildung des Rechts, wie hier, handelt, die die Billigkeit unbedingt fordert, ist es schwierig, eine allgemeine Formel zu finden und den Begriff so festzulegen, daß er für alle Fälle paßt. Wie bei allen derartigen Fragen, deren Lösung nur die Wissenschaft und vor allem die Praxis anstrebt, ist die gesetzliche Grundlage für die Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung äußerst streitig. Diese Grundlage ist aber Vorbedingung für die Entscheidung der Beweislastfrage für Verschulden. Erst wenn wir eine Lösung für den

Begriff und somit auch für die gesetzliche Grundlage gefunden haben, können wir die Frage unseres Themas entscheiden. Denn je nachdem wir uns schon bei der Grundlage für die eine oder die andere Ansicht entscheiden, wird auch unsere Lösung für die Beweislast für Verschulden ausfallen.

Gerade der Umstand, daß es sowohl allgemein bei der Beweislast, als auch nachher bei der positiven Vertragsverletzung an einer gesetzlichen Regelung fehlt, macht das Gebiet zu dem umstrittensten des Rechts überhaupt. Doch andererseits handelt es sich um ein Gebiet, das nicht nur theoretischen Wert, sondern auch außerordentlich praktische Bedeutung hat. Denn mit der Frage der Beweislast steht und fällt oftmals der Anspruch. Ferner hängt auch die Eideszuschiebung von der Verteilung der Beweislast ab. Und schließlich ist ein Verstoß gegen die Beweislast als ein Revisionsgrund im Sinne der §§ 549 ff. ZPO. anzusehen.

1. Teil.

Grundsätzliches zur Beweislast.

§ 2.

Ihr Wesen.

In dem folgenden Abschnitt soll nur zu einigen grundsätzlichen Fragen der Beweislast Stellung genommen werden; denn es ist unmöglich, ein geschlossenes System in wenigen Sätzen darzustellen. Was heißt überhaupt Beweislast? Ein Beispiel möge es zeigen. A und B haben einen Kaufvertrag geschlossen. A verklagt den B auf Zahlung des Kaufpreises. B ist jetzt entmündigt; er soll schon zur Zeit des Kaufabschlusses unter vorläufiger Vormundschaft gestanden haben. Dies kann aber nicht bewiesen werden[1]), mit anderen Worten: A macht die Rechtswirkung x (Zahlung des Kaufpreises) geltend, die a (Abschluß des Kaufvertrages) als Voraussetzung hat. Zu dieser gehört wiederum nach § 105 volle Geschäftsfähigkeit. Die Rechtswirkung x kann nur festgestellt werden, wenn die Vorraussetzung a vorliegt. So heißt der Satz positiv ausgedrückt. Und diese Formulierung hat auch unser Gesetz gewählt. Negativ lautet er so: Wenn a nicht nachgewiesen wird, kann x nicht festgestellt werden. Somit wird gegen A entschieden; er trägt die Beweislast. Der Ausdruck „Beweislast" ist also nicht wörtlich zu nehmen; A hat nicht die Last des Beweises, sondern die Beweislast gibt nur Antwort auf die Frage: wem es zur Last fällt, wenn etwas nicht erwiesen ist. Sie gibt also dem Richter Anweisung, ob er den Anspruch des A feststellen oder abweisen soll. Ein „non liquet" ist dem Richter nicht gestattet, er muß ein Urteil fällen. Das Reichsgericht[2]) hat es treffend so ausgedrückt:

---

[1]) Warneyer 1913, 108.
[2]) RG. bei Seuffert 44 Nr. 144.

„Die Beweislast gibt den Ausschlag, welcher Partei die Nichterwiesenheit einer erheblichen Tatsache zum Nachteil gereicht". Leonhard[1]) sagt: „Die Beweislast ist die Lehre von den Folgen der Beweislosigkeit". Dies ist das Wesen der Beweislast. Darüber sind selbst die entschiedensten Gegner bei den Einzelfragen einig[2]).

Die einzelnen Elemente des Begriffes sind folgende: Voraussetzung ist 1.), daß eine Tatsache für den erstrebten Rechtserfolg nötig ist und 2.), daß diese Tatsache ungewiß ist. Die Wirkung ist die, daß der Richter die beantragte Rechtswirkung nicht feststellen kann.

Es sei hier gleich ein Einwand abgetan, den einige Schriftsteller[3]) geltend machen. Man[4]) behauptet, daß eine Tatsache nie ungewiß sei, also auch gar nicht die Frage nach der Beweislast aktuell werden könnte, da wir heute im Gegensatz zu früheren Prozeßrechten, die nur strenge Beweisregeln kannten, im § 286 ZPO. die freie Beweiswürdigung hätten. Die Beweislast sei nur ein Überbleibsel vergangener Rechtsepochen. Ihre Bedeutung sei heute gleich Null. Es ist richtig, daß die freie Beweiswürdigung die Zahl der Beweislastentscheidungen herabgemindert hat. Denn heute verlangt das Gesetz nur, daß der Richter die Überzeugung erlangt, daß etwas wahr oder nicht wahr ist, während früher bestimmte Beweismittel z. B. zwei klassische Zeugen nötig waren. Aber gerade dort, wo die Beweiswürdigung aufhört, beginnt erst die Beweislast. Dies wird von Kohler übersehen. Es gibt auch heute noch viele Fälle, in denen der Beweis nicht erbracht wird. Zwar ist mitunter eine geringe Wahrscheinlichkeit vorhanden, doch genügt diese noch nicht. Auch die Praxis hat durch die Fülle ihrer Entscheidungen über die Beweislast

---

[1]) Leonhard, Beweislast S. 128.

[2]) Bähr, in Iher. J. 25, 398; Fitting ZZP. 13 S. 12. Rosenberg, Beweislast S. 11, Wehli S. 8; Wach. ZZP. 29, 360 ff. Endemann, Lehrb. 1, § 87 d, S. 479; Regelsberger, Iher. Jb. 40., S. 259; Hellwig, System I, S. 467; Betzinger S. 2; Kipp i. Festschr. 1911 S. 218 ff.

[3]) Fuchs, Gemeinschädlichkt. d. konstruktiven Jurisprudz. S. 33 ff.; Bozi, Weltanschauung d. Jurisprudz., S. 66 ff., 75 ff., 128 ff., 256 ff.; Mendelssohn-Bartholdy, Rhein. Ztschr. 7, S. 54; Ude, ZZP. 6, S. 432 ff.; v. Bar, Recht und Beweis i. Zivilproz. S. 46 ff.; Eck, Vortr. 1, 35 ff.; Motive V S. 662.

[4]) vgl. auch Kohler in Holtzendorffs Enzykl. II S. 113ff.

ihre Notwendigkeit aufs neue dargetan[1]). Kohler will in den Fällen, wo eben jeglicher Beweis fehlt, nach Billigkeit entscheiden[2]). Dann würde aber eine allgemeine Unsicherheit eintreten, die nicht nur den Parteien, sondern auch dem Richter schaden würde. Auch setzt unser Gesetz eine Beweislast voraus. Das zeigen die Einzelbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches Auch die Zivilprozeßordnung nimmt eine Beweislast an[3]).

Darüber, daß die Beweislast abstrakt ohne Rücksicht auf den Prozeß zu bestimmen ist, herrscht im allgemeinen Einigkeit[4]). Eine abweichende Ansicht hat niemand streng durchgeführt. Betzinger[5]) nimmt allerdings eine Verschiebung der Beweislast an, wenn eine Tatsache schon anderweit behauptet oder erwiesen sei. Diese Tatsache sei von der Beweislast ausgenommen. Zu dieser Folgerung gelangt Betzinger dadurch, daß er als weitere Voraussetzung für die Beweislast noch aufstellt, daß eine Tatsache feststellungsbedürftig sein müsse. Dadurch würde jedoch eine große Unsicherheit in die Verteilung der Beweislast kommen, und diese würde im einzelnen Prozeß dauernd hin- und herpendeln. Betzinger selbst scheut sich, die Konsequenz zu ziehen, und er gibt selbst zu, „daß die Verschiebung der Beweispflicht und des Beweisrisikos mit der Beweislastverteilung nichts zu tun habe"[6]). Nur bei Geständnis und Gerichtskunde befreien einige Schriftsteller von der Beweislast[7]). Sie legen dem Antragsteller dann zwar nicht die eigentliche Beweislast, wohl aber die materielle Beweis- oder Feststellungslast auf, also schließlich doch das, was allgemein unter Beweislast verstanden wird. Aber hier kann es ja garnicht zu einer Beweislastentscheidung kommen[8]), denn es fehlt die Ungewißheit, die wir oben als zweite Voraussetzung aufgestellt haben. Es ist also festzuhalten, daß die Beweislastregeln abstrakt sind und es auf die Feststellungsbedürftigkeit einer Tatsache nicht ankommt.

[1]) Entscheidungen bei Rosenberg S. 78.
[2]) Kohler, Rhein. Ztschr. 6 S. 13 ff.
[3]) vgl. daz. Wach, Vorträge, S. 210 ff.; Handb. I, S. 96, 201; ZP. S. 368; Krit. Vj. Bd. 14 S. 357; Bähr, Iher. Jb. Bd. 25 S. 398.
[4]) Rosenberg S. 55; Leonhard S. 130; Wach ZP. 29, S. 364.
[5]) Beweislast, S. 48 ff.
[6]) Beweislast, S. 151 Anm. 2, allerdings mit S. 48 unvereinbar.
[7]) Beckh S. 6 ff.; Rosenberg, 1. Aufl. S. 39; anders 2. Aufl. S. 55.
[8]) Rosenberg S. 55.

Rosenberg[1]) und andere stellen noch den Satz auf, daß die belastete Partei selbst die Tatsache beweisen müsse. Man redet hier von einer subjektiven Beweislast, sobald es sich um das Beweisenmüssen der Partei handelt, und von einer objektiven oder der Feststellungslast, sobald es sich nur um das Abgewiesenwerden handelt[2]). Rosenberg sieht die Anerkennung des Begriffs der subjektiven Beweislast in den §§ 139, 235, 130 Ziff. 3 und 282 ZPO. Nach § 139 hat der Vorsitzende die Pflicht, darauf hinzuwirken, daß die Parteien ihre mangelhaften Angaben ergänzen, und nach § 235 Ziff. 1. hat das Gericht von der anwesenden Partei den Nachweis über einen von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstand zu verlangen, und ferner haben die Parteien die zur Begründung ihrer Anträge nötigen tatsächlichen Behauptungen aufzustellen und die Beweismittel zu bezeichnen. (§ 130, Ziff. 3 und § 282 ZPO.) Dadurch sehe das Gesetz die Aufstellung der erforderlichen Behauptungen und das Erbringen von Beweisen als Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe an. „Das Gesetz benutzte den sich aus dem Feststellungsrisiko ergebenden Druck auf die Beweistätigkeit der Parteien bewußt für die Zwecke des Prozesses und nur unter dieser Voraussetzung könne das Gesetz dem Richter das Beschaffen des Urteilsstoffs abnehmen und den Parteien auferlegen"[3]). Und gerade der beweislasteten Partei soll die subjektive Beweislast auferlegt sein. Als Grund dient vor allem § 447 ZPO., nach dem die Eideszuschiebung nur durch die beweisbelastete Partei wirksam geschehen kann. Leonhard[4]) bestreitet die subjektive Beweislast. Nach ihm ist das Beweisenmüssen nur praktische Schlußfolgerung. Es kommt gar nicht darauf an, daß gerade von der beweisbelasteten Partei der Beweis erbracht wird; § 447 ZPO. ist dann als Ausnahme anzusehen. Das lehrt gerade der Prozeß. Denn mitunter wird durch den Beweis mittels Zeugen, die die Gegenpartei herbeischafft, gerade die für den Antragsteller beweisbedürftige Tatsache bewiesen. Zwar wird die Partei aus eigenem Interesse meistens

---

[1]) Rosenberg S. 30 ff.; ebenso z. B. Birkmeyer in seiner Enzyklopädie S. 1271 u. Grützmann, Arch. f. d. ziv. Pr. 123, 124.
[2]) Rosenberg a. a. O.
[3]) Rosenberg S. 32; vgl. Stein ZPO. § 282, IV, 2.
[4]) S. 333, ZZP. 35, S. 442.

selbst den Beweis erbringen, aber darum darf man noch nicht den Begriff der subjektiven Beweislast aufstellen. Rosenberg sagt doch selbst, daß das Wesen der Beweislast die sog. materielle (objektive) Beweislast oder, wie er sie nennt, die Feststellungslast ausmacht[1]). Somit erübrigt es sich, das Verhältnis der objektiven Beweislast zur subjektiven durchzuprüfen.

Es kommt also nur darauf an, was bewiesen werden muß. Wird kein Beweis erbracht, so kann die Rechtswirkung nicht festgestellt werden. Dieses ist die einzige Folge der Beweislast. Zwar schließen sich praktische Schlußfolgerungen an, aber diese sind für den Begriff unwesentlich. So ist z. B. der Eid dem Gegner des Beweisbelasteten aufzuerlegen. Praktische Schlußfolgerung ist es auch, daß der Beweisbelastete die Tatsache behaupten und beweisen muß. Alle diese Sätze sind jedoch scharf von der Beweislast zu trennen. Durch sie wird der Inhalt der Beweislast nicht geändert, genau so wie der Wechselprozeß für den Wechselanspruch nicht wesentlich ist. Daß diese prozeßualen Folgen nur im Prozeß mit der Verhandlungsmaxime vorkommen, ist ein weiterer Beweis, daß sie mit der Beweislast selbst nichts zu tun haben. Denn die Beweislast ist nicht auf diesen Prozeß beschränkt, sondern sie gilt auch bei der Inquisitionsmaxime, z. B. im Strafprozeß. Beweislast und prozeßuale Folgen treffen nur in den Wirkungen zusammen. Man darf aber deshalb noch nicht die Voraussetzungen, die Verteilung und den Begriff der Beweislast aus dem Prozeßrecht ableiten. Diesen Versuchen gegenüber, noch weitere Gebiete in die Lehre der Beweislast zu ziehen, ist also festzuhalten, daß es sich bei der Beweislast nur um „die Kehrseite der bürgerlich-rechtlichen Tatbestandslehre" handelt[2]). Es gibt eben keine besonderen Sätze über die Beweislast. Sie kann im Recht keine andere sein als, wie sie uns im täglichen Leben entgegentritt. Wer etwas verlangt, das an ganz bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist, muß diese Voraussetzungen nachweisen. Kann er dies nicht, so wird er das Verlangte nicht erhalten. Mit anderen Worten: Ein Antrag wird abgewiesen, wenn die Tatsachen, die Voraussetzung der erstrebten Rechtswirkung sind, ungewiß bleiben.

[1]) Rosenberg S. 30.
[2]) Leonhard S. 137.

§ 3.

Die Verteilung der Beweislast.

Welche Partei trägt im Einzelfall die Beweislast und wofür? Da die Beweislast abstrakt und unabhängig vom Prozeß zu bestimmen ist, muß man eine allgemein gültige Regel aufstellen können. Unstreitig ist, daß der Kläger die Enstehungstatsachen und der Beklagte die der nachträglichen Gegenwirkung zu beweisen hat. Es fragt sich aber, ob alle Entstehungs- und alle Tilgungstatsachen dahin zu rechnen sind. Darüber streiten die sog. Verteilungstheorien und die Vollständigkeitstheorie[1]). Die einen wollen gerade dem Kläger nur für einen Teil die Beweislast auferlegen und stellen den Begrff der sog. rechtshindernden Tatsache auf, die anderen für alle Tatsachen. Es soll hier nur die Vollständigkeitstheorie, der ich mich anschließe, kurz skizziert werden. Im übrigen muß ich bezüglich der Verteilungstheorien auf Leonhard[2]) verweisen, der sich ausführlich mit seinen Gegnern auseinandersetzt. Jede Partei hat also sämtliche Voraussetzungen der erstrebten Rechtswirkung zu beweisen. Welche Tatsachen jeweils Voraussetzungen sind, ergeben die einzelnen Sätze des materiellen Rechts. Der Begriff der „Rechtswirkung" bedarf der Erläuterung. Wir gehen von dem Rechtserfolg, den der Kläger anstrebt, aus. Dabei ist das Entstehen des Rechts der Inhalt der Rechtswirkung, die herrschende Meinung behauptet, das Bestehen solle festgestellt werden. Sie beruft sich auf die naturhistorische Darstellungsweise unseres Gesetzes. Diese kann nicht maßgebend sein. Unser Gesetz faßt nur, um den Stoff leichter beherrschen zu können, die Summe der objektiven Normen als subjektives Recht zusammen[3]). Das subjektive Recht kann nicht aus sich heraus erklärt werden. Man muß auf den sach-

[1]) Begründer und Hauptvertreter: Leonhard, Die Beweislast, 1. Aufl., 1904; ihm schließen sich an: Korsch, Beweislastregeln, S. 19 u. 40; Kuhn, Beweislast, S. 60 ff.; Siemsen, Gewerbe- und Kaufmannsgericht 1925, S. 532 ff.; ebenso z. Teil Stölzel, Schulung XVIII, jetzt ZZP. 35, S. 8 ff.; Eccius, Preuß. Priv. Recht 1 § 26 Anm. 3, § 106, § 107 Anm. 29; an Kritiken zustimmend: Böthke, Gruchot Bd. 49 S. 159; Rosenthal, J. W. 1908, S. 257 ff.; Wienstein, ZHR. 56, S. 279, Breslauer Ztsch. 1904 Nr. 741; in der Sache auch Seuffert ZZP. 35 S. 104 ff.

[2]) Leonhard, Die Beweislast, 2. Aufl. 1926.

[3]) Vgl. dazu Leonhard S. 139; dort weitere Zitate u. a. Rosenberg S. 134, Wehli, Beweislast, S. 29 u. Fitting, Beweislast, S. 44.

lichen Inhalt dieser objektiven Rechtsnormen zurückgehen. Der sachliche Kern ist nun der: Der Schuldner wird verpflichtet, der Erwerber wird Eigentümer usw. Die Rechtsordnung kann dann einen Gegenbefehl erlassen, sodaß die erste Wirkung wieder beseitigt wird, die sog. Gegenwirkung. Diese wird dann geltend gemacht, wenn das Vorbringen des Klägers vom Beklagten zwar zugegeben, aber etwas Neues hinzugefügt wird. Beide Tatbestände müssen also miteinander vereinbar sein[1]). Das sind sie aber nur, wenn sie zeitlich nacheinander liegen. Deshalb ist es falsch, in der Zerlegung in Wirkung und Gegenwirkung so weit zu gehen, wie es die sog. Minimaltheorie[2]) tut, wenn sie z. B. beim Vertragsschluß die Geschäftsunfähigkeit als Gegenwirkung hinstellt. Auf diese Weise kommt sie zum Begriff der rechshindernden Tatsache. In dem eben angeführten Beispiel ist aber die Geschäftsunfähigkeit nur die Voraussetzung der klägerischen Rechtswirkung mit negativem Vorzeichen. Es handelt sich hier nur um ein Bestreiten der klägerischen Angriffswirkung, daß der Vertrag überhaupt zustande gekommen sei, ohne daß etwas Neues hinzugefügt wird.

Stellt man auf das Bestehen des Rechts ab, so kann man die Beweislast des Beklagten für die Tilgungstatsachen nicht erklären; denn der Kläger müßte doch das Bestehen, also auch die Abwesenheit der Tilgungstatsachen, nachweisen. Man hat deshalb auch versucht, diese Beweislast des Beklagten durch besondere Rechtssätze zu rechtfertigen, aber die Ableitung dieser Sätze, z. B. aus dem Satzbau[3]), dem Gewohnheitsrecht[4]) den einzelnen Bestimmungen des BGB.[5]), der Verhandlungsmaxime[6]), der Schwierigkeit des Beweises für den Kläger[7]) oder der Vermutung der Fortdauer von Rechten[8]) ist unhaltbar. Nur nach der Vollständigkeitstheorie kann man eine klare Begriffsbe-

[1]) Leonhard S. 144; ebenso Fitting S. 40; Betzinger S. 6 u. 44 ff.; Rosenberg S. 126.

[2]) Rosenberg, Fitting, Betzinger a. a. O.

[3]) z. B. Rosenberg S. 152 ff.; dagegen Leonhard S. 102 ff.

[4]) u. a. Wach, ZZP 29, S. 386 ff.; Dänzer, Die tatsächl. Vermutung, S. 49; Korsch S. 18.

[5]) Vgl. dagegen Leonhard S. 231.

[6]) u. a. Betzinger S. 41 ff.; weitere Zitate bei Leonhard S. 142.

[7]) z. B. Burckhard, Die zivilistischen Präsumptionen, S. 143.

[8]) Stölzel, Schulung, S. 193 ff.; dagegen Leonhard, S. 143.

stimmung für Klaggrund und Einwendung finden. Das Entstehen des Anspruchs ist als Klaggrund und die nachträgliche Entkräftung als Einwendung anzusehen[1]). Die herrschende Meinung versagt hier, da sie auf das Bestehen des Anspruchs abstellt.

Wenn man geltend macht, daß es zu unserer Theorie nicht passe, daß im Versäumnisverfahren beim Ausbleiben des Beklagten auch die Aufhebungstatsachen berücksichtigt werden, also komme es doch auf das Bestehen des Rechts an[2]), so ist darauf zu erwidern, daß der Beklagte durch sein Nichterscheinen zeigt, daß er zwar die Klagtatsachen nicht bestreite, aber im übrigen Abweisung der Klage verlange. Dieser stillschweigend zum Ausdruck gebrachte Antrag des Beklagten ist vom Gericht zu berücksichtigen, wenn Aufhebungstatsachen vorliegen.

Der Kläger hat also die Beweislast für die Voraussetzungen der Angriffswirkung, der Beklagte die für die Voraussetzungen der nachher eingetretenen Gegenwirkung. Bei der Tilgung leuchtet dies ohne weiteres ein; aber auch bei einer „echten" Einrede muß es ebenso sein[3]). Allerdings braucht der Beklagte nicht immer die Aufhebungs- und Einredetatsachen beweisen. Mitunter kann auch ein Teil des Tatbestandes der Gegenwirkung in dem der Angriffswirkung enthalten sein. Dann liegt der Beweis insofern dem Kläger ob. Wird dieser Beweis nicht erbracht, so ist der Kläger bereits aus diesem Grunde abzuweisen. Es herrscht also das Prinzip der „Subsidiarität" des Gegenbeweises. Der Eintritt von Wirkung und Gegenwirkung erfolgt immer erst dann, wenn das letzte Tatbestandsmerkmal verwirklicht ist[4]).

§ 4.

Aus der Beweiswürdigung abzuleitende Ergänzungssätze.

Im Anschluß daran sollen einige Begriffe erörtert werden, die gleichsam die Ergänzung unserer Theorie darstellen. Wir werden später mit ihnen arbeiten müssen. Diese Regeln erklären sich durch die freie Beweiswürdigung, die § 286 ZPO. ausspricht. Das Reichsgericht[5]) hat der Beweislast die „prozeßuale Darlegungs-

---

[1]) Leonhard, S. 143.
[2]) so z. B. Stein, Anm. 10 zu § 331.
[3]) Vgl. darüber Leonhard, S. 147.
[4]) Vgl. Leonhard, S. 163.
[5]) RG. 77, S. 165 u. Seuff. Arch. 44, Nr. 180.

pflicht" gegenübergestellt. Diese Pflicht greift dann ein, wenn sich aus der Beweislast zwar ergibt, daß der Kläger zu beweisen hat, aber aus der Beweiswürdigung sich eine andere Entscheidung rechtfertigt. Es wird hier eben durch besondere Umstände der Beweis als erbracht angesehen[1]). Aus Billigkeit legt man dann dem Gegner den Beweis auf, aber nicht die Beweislast. Beweislast und konkrete Darlegungspflicht können also auseinanderfallen. Wenn ohnehin schon etwas dargetan ist, was zur Beweislast der belasteten Partei gehört — mag es zustanden sein oder sich aus der Beweiswürdigung ergeben —, so ist damit fürs erste der Beweis erbracht, und dem Gegner liegt die „Widerlegungslast"[2]) ob. Mitunter wird sogar auf diesen Gegenbeweis das Hauptgewicht zu legen sein, „sodaß der Umstand, daß keine Gegenbeweismomente erbracht sind, für die Bildung der richterlichen Überzeugung von Bedeutung wird"[3]). Auch dies ist aus der Billigkeit und Wahrscheinlichkeit zu begründen. Diese Regeln schützen vor der Überspannung des Beweislastprinzips. Bei vernünftiger Prozeßleitung wird man zu brauchbaren, billigen Ergebnissen kommen. Allerdings wäre es verfehlt, diese Regeln in die der Beweislast einzugliedern. Es bestehen zwischen ihnen doch große Unterschiede, sowohl in den Voraussetzungen als auch in der Wirkung. Diese Trennung ist allgemein anerkannt[4]), und doch finden sich im Einzelfall immer wieder Verstöße. Man spricht dann von einer Verschiebung der Beweislast, wo sich doch die Entscheidung nur aus der Beweiswürdigung ergibt[5]). Bei der Beweislast wird keine Rücksicht auf die konkrete Prozeßlage genommen. Sie erstreckt sich nötigenfalls auf alle Tatsachen. Anders ist es dagegen bei der Widerlegungslast. Die Beweislast tritt nur ein, wenn überhaupt kein Beweis erbracht ist; bei der Widerlegungslast ist dagegen die Tatsache bereits bewiesen, wenn auch nur vorläufig. Und schließlich befreit die Widerlegungslast zwar vom Beweis, aber nicht vom Behaupten[6]).

---

[1]) RG. 19, S. 330.
[2]) Leonhard S. 182.
[3]) RG. 18, S. 158.
[4]) z. B. Betzinger, 1. Aufl., S. 363; Endemann, Lehrb. 1, § 87, d; Leonhard S. 179; Stölzel, Schulung XV; Wach ZZP. 29, S. 371; Wehli S. 14; Rosenberg S. 76 ff. und 87.
[5]) Vgl. bes. Entscheidungen des RG. zu § 823, Abs. II.
[6]) Leonhard, S. 199.

Wir hatten oben gesagt, daß der Kläger alle Tatsachen klarlegen muß (sog. materieller Klaggrund). In der Praxis wird dieser Fall natürlich nicht oft eintreten. Meistens wird es genügen, daß der Kläger das Charakteristische seines Anspruchs anführt. Dies ist der sog. prozeßuale Klaggrund[1]). Der Beklagte hat dann die „Anregungslast"[2]). Er muß auf bestimmte, noch nicht vorgebrachte Tatsachen aufmerksam machen. Leonhard spricht hier auch von einer „Rüge", um deutlich darzutun, daß es sich nicht etwa um eine Einrede handelt. Daß diese Anregungslast von der Beweislast verschieden ist, ergibt sich bereits daraus, daß die Beweislast abstrakt ist, die Anregungslast aber davon abhängt, wieviel der Kläger bereits vorgebracht hat, also vom Zufall. Beide Lasten, sowohl Anregungs- als auch Widerlegungslast, die zusammenfallen können, — die Gefahr, von einer Verschiebung der Beweislast zu reden, ist hier besonders groß — werden auch als „Abwehrlast" bezeichnet. Und diese Abwehrlast wird sehr oft durch die Satzfassung zum Ausdruck gebracht[3]). Mitunter trifft den Gegner nach Treu und Glauben eine sog. „Aufklärungslast". Auch diese ist oft durch die Satzfassung gekennzeichnet.

§ 5.

Die Vermutungen.

Wirkliche Ausnahmen für den Einzelfall von der allgemeinen Beweislastregel sind die Vermutungen. Das Gesetz erkennt sie in § 292 ZPO. ausdrücklich an. Sie beruhen auf Rechts-, nicht auf Erfahrungssätzen[4]). Das Vorliegen einer Vermutung wird meistens durch das Wort „Vermutung" ausgedrückt. Es sind jedoch auch andere Fälle hierher zu rechnen; es muß sich allerdings dann um wirkliche Ausnahmen handeln. Eine Ausdehnung durch Analogie ist unstatthaft, z. B. ist es gänzlich verfehlt, sämtliche Negativen als Vermutungen auszugeben[5]). Wesentlich für

[1]) Leonhard S. 202.

[2]) Leonhard S. 203.

[3]) Vgl. dazu Leonhard S. 206 ff.

[4]) Rosenberg S. 231.

[5]) so Beckh S. 71 ff.; Martinius S. 23 ff.; dagegen Hedemann, Die Vermutung, S. 163 und 393 ff.

den Begriff der Vermutung ist es, daß von einer Tatsache auf das Vorliegen einer anderen zur Rechtswirkung nötigen Tatsache geschlossen wird. Diesen Schluß zieht das Gesetz; daher liegt auch keine Einschränkung der freien Beweiswürdigung vor.[1]) Rosenberg[2]) verlangt noch, daß die eine, bewiesene Tatsache eine tatbestandsfremde ist. Als Beweis führt er mehrere Gesetzesstellen an; aber es lassen sich genau so viele für das Gegenteil aufzählen[3]). Es kann also darauf nicht ankommen. Die Wirkung der Vermutungen besteht nur in der Erleichterung des Beweises. Vom Beweis des Tatbestandsmerkmals der Rechtswirkung ist die Partei nicht ganz befreit. Sie hat nötigenfalls das Hauptthema zu beweisen; aber es genügt, daß das Hilfsthema, also die Voraussetzung für das Vorliegen der Vermutungen, bewiesen wird. Die Partei kann zwischen beiden Beweisen wählen. Ist jedoch das Hilfsthema erwiesen, so hat der Beklagte den Gegenbeweis gegen das Hauptthema zu führen, und dafür hat er dann die wirkliche Beweislast. Das zeigt § 292 ZPO., in dem für diesen Gegenbeweis die Eideszuschiebung ausdrücklich anerkannt ist. Die Belastung des Gegners mit der Beweislast tritt also erst mit dem Beweis des Hilfsthemas ein.

---

[1]) Rosenberg S. 247.
[2]) Rosenberg S. 231.
[3]) Vgl. dazu Leonhard S. 235.

2. Teil.

Die Beweislast für Verschulden.

1. bei der nachträglichen Unmöglichkeit und dem Verzug.

§ 6.

Der § 282 ist eine wirkliche Beweislastregel.

Wir beginnen unsere Untersuchung bei der Anschlußhaftung. Von einer solchen spricht man dann, wenn der Schuldner im Anschluß an ein bestehendes Schuldverhältnis aus irgendwelchen Gründen haftet. Zwei dieser Fälle hat das Gesetz ausführlich geregelt: die nachträgliche Unmöglichkeit (§§ 275 ff. und ergänzend für die gegenseitigen Verträge §§ 323 ff.) und den Verzug (§§ 284 ff.). Die Haftung aus Verzug scheidet vorläufig aus. Bei der nachfolgenden Unmöglichkeit tritt diese nach Begründung des Schuldverhältnisses ein. Nach § 275 Abs. II steht der nachträglichen objektiven Unmöglichkeit, d. h. die Leistung wird für jedermann unmöglich, die subjektive — nur der Schuldner kann nicht mehr leisten, wohl aber ein Dritter — durchaus gleich. Beide Fälle sind hier unter dem Begriff der nachträglichen Unmöglichkeit — im folgenden kurz Unmöglichkeit genannt — zu verstehen. Die Haftung des Schuldners geht nach § 280 auf Schadensersatz: „Soweit die Leistung infolge eines zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen". Die Voraussetzungen für die Haftung sind nach § 280: die Leistung muß unmöglich geworden sein, der Schuldner muß ferner den Umstand zu vertreten haben, und schließlich muß gerade der zu vertretende Umstand die Unmöglichkeit herbeigeführt haben. Uns interessiert nur das „zu vertreten haben". Nach § 276 hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten,

d. h. er muß schuldhaft handeln. Die Beweislast für sein Verschulden regelt § 282: „Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner". Klagt also der Gläubiger auf Schadensersatz nach § 280, so wird der Schuldner schon dann verurteilt, wenn nicht nachgewiesen wird, daß ihn kein Verschulden trifft. Die praktische Folge wird die sein, daß der Schuldner seine Schuldlosigkeit darzulegen hat, damit nicht gegen ihn entschieden wird.

Wir haben hier eine der Beweislastregeln des Bürgerlichen Gesetzbuches. Daß es sich um eine solche und nicht nur um eine Regel über die Beweisführung handelt, lehrt die Geschichte des im § 282 ausgesprochenen Gedankens. § 282 ist das Ergebnis einer langen geschichtlichen Entwicklung. Bereits die Römer hatten die Bestimmung dem Sinne nach. In den Quellen steht sie fast wörtlich: „Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdidit restituere id non cogitur; sed si culpae reus deprehenditur vel non probat manifestis rationibus se perdidisse, quanti debitoris interest condemnari debet".[1]) Also auch hier wird die Ungewißheit dem Beklagten zur Last gelegt. Wir finden denselben Gedanken auch positiv ausgedrückt: „Si . . . idque liquidis probationibus ostenderis, . . . non teneberis".[2]) Noch mehrere andere Stellen entscheiden ebenso.[3]) Nach römischem Recht hat also der Schuldner die Beweislast für Verschulden. Diesen Grundsatz hat auch das Gemeine Recht übernommen. Darüber herrscht Einstimmigkeit in Wissenschaft und Praxis. Viele Schriftsteller[4]) haben sich ausführlich mit der Frage beschäftigt, und alle legen dem Beklagten

---

[1]) cod. IV. 24, de act. pign. c. 5.

[2]) cod. V. 38, de peric. tut. c. 5.

[3]) dig. XIX, II. loc. cond. l. 9. § 4; dig. h. t. l. 19, § 1; ferner dig. XVIII, VI. de peric. et comm l. 12 (11) u. dig. XVII, I. mand. l. 23—25.

[4]) Daegener, „De legitima probatione casuum fortuitorum", Leipz. 1731. 2 Programme von Wahl, Göttingen 1751., Quid proprie in receptione casuum fortuitorum partitia probandum sit'. Weber: Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Zivilprozeß, (1810) 3. Aufl. 1845, S. 134 ff. Maxen: Ueber Beweislast, Einrede und Exceptionen, 1861, S. 176 ff.; Gerber: Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast, 1858, S. 59 ff.; Fitting, S. 71; Glück, Pandekten IV, S. 396 ff.; Biermann, Arch. f. bgl. Recht Bd. 10, S. 56; Windscheid, Pandekten II § 265, Ziff. 6.

die Beweislast auf. Die Rechtsprechung des Gemeinen Rechts ist in dieser Frage konstant[1]). Auch das französische Gesetzbuch vertritt diesen Standpunkt[2]). Ebenso entscheiden das schweizerische Obligationenrecht[3]), das österreichische[4]) und das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch[5]). Bei der Entstehung des § 282 schloß man sich in dieser Frage der Beweislast bewußt der damals herrschenden Meinung an[6]) und brachte es im § 239 des I. Entwurfs (jetzt § 282 BGB.) zum Ausdruck. Zwar hielten manche die Bestimmung überhaupt für überflüssig[7]), da sie sich bei richtiger Auslegung von selbst ergebe, aber aus Gründen der Zweckmäßigkeit behielt man sie bei[8]). Es kann nach dieser Entwicklung nicht zweifelhaft sein, daß der Schuldner nach § 282 die wirkliche Beweislast für Verschulden hat.

§ 7.

§ 282 ist keine Ausnahme von unserem allgemeinen Beweislastprinzip.

Oben haben wir als Regel der Beweislast den Satz aufgestellt, daß der Kläger sämtliche Voraussetzungen des Klaganspruchs, also der erstrebten Rechtswirkung, dartun müsse. Paßt der § 282 zu unserem System? Auf den ersten Blick nicht[9]), denn nach

[1]) ROHG. Bd. 2, S. 215; 10, S. 190; 11, S. 148, 404 ff.; 14, S. 17; 19, S. 214; 21, S. 1; 15, S. 293; 17, S. 271; RG. 20, S. 6 u. 268; 25, S. 113, 114; 10, S. 136, 167; 11, S. 132 ff.; 13, S. 46. Seuff. Arch. Bd. 27 Nr. 124; Bd. 29 Nr. 177; Bd. 32 Nr. 192; Bd. 35 Nr. 111; J. W. 1891 Nr. 35 u. Nr. 109; J. W. 1895 Nr. 14; Gruch. Beitr. Bd. 25, S. 986; Bd. 29, S. 387; Bolze, Praxis d. Reichsgerichts, Bd. 6 Nr. 1038; Bd. 20, Nr. 477. Vgl. auch Sächs. Arch. Bd. 7 S. 462; Kierulff, Entscheidungen d. O. A. G. Lübeck, Bd. 1, S. 455; Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. d. Königr. Sachsen, n. F. XVII., S. 249; vgl. andererseits bei Weber S. 140 zitierte Urteile: RG. 8, S. 167 und 13, S. 46.

[2]) Code civil Art. 1147, 1148, 1302, 1365. Vgl. dazu Fuzier-Hermann: Code civil annoté Art. 1302 Nr. 24 ff. (hier zahlreiche Zitate); Caviello „Casu fortuito“ S. 397 ff. gegen Barbier, Théorie des risques et périles, 1865. S. 138 ff.

[3]) Art. 110.

[4]) § 1298.

[5]) § 731.

[6]) Motive II, S. 47/48 vgl. Hess. Entw. Art. 145; Bayr. E. Art 123; Dresd. E. Art. 394.

[7]) Protokolle I. S. 317.

[8]) Protokolle I. S. 317.

[9]) so Rosenberg, Beweislast, S. 168.

unserer Theorie müßte der Kläger die Beweislast für das Verschulden des verklagten Schuldners haben, da es nach dem Wortlaut des § 280 Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch ist. Aber nur scheinbar paßt sie nicht dazu. § 282 durchbricht unser Prinzip in keiner Weise; denn es handelt sich hier nur um eine Gegenwirkung, für deren Tatbestand der Beklagte die Beweislast haben muß[1]). Wir müssen die §§ 282 und 275 Abs. I im Zusammenhang betrachten. § 275 sagt: „Der Schuldner wird von seiner Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird". Handelte der Schuldner also schuldlos und kann er dies nachweisen, wie § 282 es verlangt, so geht das Schuldverhältnis unter. Was wird nun aus der Obligation, wenn der Schuldner zu vertreten hat? Erlischt das Schuldverhältnis auch hier und wird nur ein neues, auf Schadensersatz gerichtetes begründet? Dann wäre es also so, daß durch die nachträgliche Unmöglichkeit das Schuldverhältnis stets untergeht und, falls der Beklagte schuldhaft handelte, eine Haftung auf Schadensersatz eintritt. Es ist aber auch denkbar, daß das Schuldverhältnis nur erlischt, wenn der Schuldner nicht zu vertreten hat, daß es im anderen Falle bestehen bleibt und der Schadensersatz nur Surrogat der Erfüllung ist[2]). Nach dieser Theorie paßt unsere Regel auch hier. Denn dann klagt der Kläger auf Erfüllung der Verbindlichkeit und zwar auf Schadensersatz als Surrogat, da die ursprüngliche Leistung vom Schuldner nicht mehr bewirkt werden kann. Der Kläger trägt die Beweislast dafür, daß die Leistung unmöglich geworden ist[3]); denn das ist Voraussetzung für den Anspruch auf Schadensersatz. Wendet der Schuldner nun ein, daß er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten habe, so behauptet er nur, von seiner Leistungspflicht frei geworden zu sein. Die Rechtslage ist die gleiche wie bei der Zahlung. Für die Rechtswirkung der Tilgung muß der Beklagte alle Tatsachen dartun, die Voraussetzung dieser Gegenwirkung sind. Voraussetzung ist in unserem Falle, daß der Beklagte

---

[1]) Leonhard, Beweislast, S. 326.

[2]) so Enneccerus, Lehrbuch I, 1 S. 339 Anm. 1 und Leonhard S. 325.

[3]) so h. M., z. B. Enneccerus a. a. O. § 273 S. 145; Kisch: Unmöglichkeit, S. 34 und 106; RG. Bd. 95 S. 267.

den Umstand, der die Unmöglichkeit brachte, nicht zu vertreten hat. Wenn daher das Gesetz dies im § 282 noch einmal besonders formuliert, so ist damit allerdings nur „etwas Selbstverständliches ausgesprochen"[1]), daß nämlich der Beklagte für die rechtsvernichtenden Tatsachen die Beweislast trägt.

Als Beweis für unsere Ansicht, daß das Schuldverhältnis nur im Falle der nachträglichen schuldlosen Unmöglichkeit erlischt, sonst aber bestehen bleibt, dient die geschichtliche Entwicklung. Nach dem römischen Recht besteht das Schuldverhältnis fort, und der Schadensersatz ist nur Erfüllungssurrogat. „Si culpa eius decessit, pro vivo habendus et praestantur ea omnia, quae praestarentur, si viveret"[2]). In zwei weiteren Stellen[3]) wird derselbe Gedanke ausgesprochen: „Perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res exstaret"[4]). In der anderen Quelle[5]) wird als Gegenstand der Klage nach erfolgter Tötung des Sklaven dieser Sklave selbst als „ut adhuc homo peti possit" bezeichnet und gesagt, daß sich die Schuld nicht etwa in eine Geldschuld umgewandelt habe, „pecunia quae non debetur". Nach der herrschenden Meinung des Gemeinen Rechts[6]) erlischt das Schuldverhältnis stets. Einige Schriftsteller[7]) entscheiden dagegen wie die Quellen. Für das geltende Recht muß die Wissenschaft eine Lösung finden. Das Bürgerliche Gesetzbuch begnügt sich nach dem Vorbild des schweizerischen Bundesgesetzes[8]) damit, die Schadensersatzpflicht als Rechtsfolge aufzustellen. Auch in dem I. Entwurf ist keine ausdrückliche Bestimmung für die Streitfrage enthalten[9]). Die Motive[10]) entscheiden sich weder für die eine noch die andere

---

[1]) so Protokolle Bd. I S. 317.

[2]) dig. XXI,I de aed. ed. l. 31. § 11.

[3]) Paulus sentent. 5, 7, 4. und dig XLV,I de verb. obl. l. 91. § 5, 6.

[4]) Paulus a. a. O.

[5]) dig. XLV,I . . . . l. 91. § 5, 6.

[6]) so z. B. Windscheid, Heidelb. Krit. V I Schr. Bd. 2, S. 218.

[7]) Mommsen, Beitr. I S. 229 ff.; RG. Bd. 10 S. 180. Römer, Z.f.H.R. Bd. 19 S. 134 ff.; vgl. auch gegen Windscheid: Enneccerus, Rechtsgesch. S. 593 ff.

[8]) Art. 110; ebenso hess. Entwurf Art. 236 u. bayr. Entw. Art. 109.

[9]) wohl aber im sächs. BGB. § 721 u. Dresd. Entw. Art. 273.

[10]) Motive Bd. II S. 50.

Ansicht. Unser Gesetz steht aber doch wohl auf unserem Standpunkt. Nur so ist es zu erklären, daß es nach § 268, Ziff. 3 ZPO. keine Klagänderung ist, wenn der Gläubiger statt der ursprünglichen Leistung Schadensersatz verlangt, denn dieser ist nur Surrogat der Leistung. Ferner ist ausdrücklich bestimmt, daß die Bürgen (§ 767) und Pfänder (§ 1210) für die Schadensersatzforderung verhaftet bleiben, und schließlich kann nur nach unserer Ansicht die Leistungsklage auch nach Eintritt der Unmöglichkeit gegeben sein. Der Schuldner wird dann auf die Leistung verurteilt und kann allerdings durch die Geldleistung erfüllen. Zwar ist es nicht ganz unbestritten, ob die Leistungsklage statthaft ist[1]), aber aus praktischen Gründen muß der Gläubiger sie unbedingt haben[2]). Unsere Gegner berufen sich besonders auf die Logik[3]). Ein Anspruch auf eine unmögliche Leistung sei ein Widerspruch in sich. Da im § 275 das Unvermögen der Unmöglichkeit gleichgestellt sei, — so folgert man — gelte der Grund auch für das Unvermögen. Aber wie so oft wird hier eine Folgerung aus einem nicht erwiesenen Grundsatz gezogen. Nach Oertmann[4]) hat die Unmöglichkeit den Anspruch auf die Leistung zerstört. Das ist gerade zu beweisen. Für uns spricht vor allem § 283. Danach kann der Gläubiger, wenn er ein rechtskräftiges Urteil gegen den Schuldner erlangt hat und eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung setzte, nach ergebnislosem Fristablauf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Dieser wird dann nach dem Wert der ausgebliebenen Leistung berechnet[5]). Sache des Schuldners ist es nachzuweisen, daß der Gläubiger keinen oder doch nur geringeren Schaden habe[6]). Es bedarf also weiter keines Schadensnachweises, während der Kläger beim § 280 den durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden darlegen muß. Diesen Beweis würde man dem Kläger aufzwingen, ohne ihm

---

[1]) dafür RG. Bd. 54 S. 32; Enneccerus, Lehrb. I, 1, S. 339 Anm. 1; Leonhard S. 325; dagegen vor allem Kisch: Unmöglichkeit S. 125 ff.; Kleineidam: Unmöglichkeit, S. 107; Staudinger, II, 1, § 280 Anm. 1, RGK. § 275 Anm. 5, Oertmann § 275 Anm. 4.

[2]) Vgl. RG. a. a. O.; Gruchot Bd. 53 S. 920; Seuff. Arch. Bd. 67. Nr. 131.

[3]) z. B Staudinger a. a. O.

[4]) Oertmann a. a. O.

[5]) RG. Bd. 54 S. 28.

[6]) RG. a. a. O.

die Möglichkeit des § 283 zu lassen. Also ist das Leistungsurteil wegen des § 283 keineswegs „zwecklos und widersinnig". Das Reichsgericht[1]) gibt deshalb die Leistungsklage und läßt den Beklagten nicht zum Beweis der Unmöglichkeit zu, wenn schon feststeht, daß der Schuldner die Unmöglichkeit, wenn solche vorliegen sollte, zu vertreten hat, vielleicht sogar selbst herbeiführte. Die Billigkeit rechtfertigt die Leistungsklage noch aus folgendem Grunde. Der Gläubiger muß, wenn die Leistung wieder möglich wird, — der Schuldner erlangt z. B. die gestohlene Sache wieder — die Leistung verlangen können. Man denke nur an die praktischen Folgen der entgegengesetzten Ansicht. Danach müßte der Gläubiger unbedingt auf Schadensersatz klagen, trotzdem ihm doch in den meisten Fällen mehr an der Leistung liegt. Planck[2]) will dies unbillige Ergebnis dadurch vermeiden, daß er nach eingetretener Unmöglichkeit zwar nicht mehr den Leistungsanspruch, wohl aber einen solchen auf Naturalherstellung nach § 249 gibt. Er begründet seine Ansicht damit, daß § 280 von „Schadensersatz" und nicht von „Geldentschädigung" spreche und daß der Anspruch auf Schadensersatz zuerst immer auf Naturalherstellung gehe. Planck übersieht jedoch, daß während der Unmöglichkeit nicht von Naturalherstellung die Rede sein kann; die Unmöglichkeit schließt sie gerade aus[3]). § 280 spricht doch auch von „Schadensersatz wegen Nichterfüllung". Plancks Weg, dem Gläubiger über § 249 zur richtigen Leistung nach beseitigter Unmöglichkeit zu verhelfen, ist also verfehlt. Nach Ansicht des Reichsgerichts[4]) ist allerdings bei feststehender Unmöglichkeit die Leistungsklage nicht zu geben, ebenso Kisch[5]). Nach ihm besteht die alte Verbindlichkeit nicht mehr — was wir bestreiten und was überhaupt erst zu beweisen ist —, und nur aus praktischen Gründen sei die Leistungsklage bei nicht feststehender Unmöglichkeit statthaft, damit erst noch mit allen Mitteln des Prozeß- und Zwangsvollstreckungsverfahrens die Unmöglichkeit festgestellt werde. Kisch geht also von der anderen Seite aus, im Ergebnis stimmt er mit dem Reichsgericht überein.

[1]) RG. a. a. O.
[2]) Planck, § 280, Anm. 3.
[3]) Staudinger a. a. O.
[4]) RG. a. a. O.
[5]) Kisch: Unmöglichkeit S. 125.

Nach beiden verbietet sich ein Urteil auf eine unmögliche Leistung von selbst, ebenso seine Vollstreckung. Es ist allerdings richtig, daß ein solches Urteil nicht vollstreckt werden kann. Trotzdem ist m. E. auch hier ein Leistungsurteil denkbar und wegen des Schadensnachweises nach § 283 nicht einmal zwecklos. Man gerät in Schwierigkeiten mancherlei Art, wenn man den Leistungsanspruch nicht mehr geben will. Der Anspruch ist deshalb unbedingt zuzulassen. Der Kläger kann ja immer noch, wenn es ihm günstig scheint, seine Klage nach § 268, Ziff. 3 ZPO. auf das Interesse umstellen. Mit gutem Recht können wir uns also auf die Zulassung des Leistungsanspruchs berufen. Schwerer zu widerlegen ist ein Grund, den Kleineidam[1]) gegen das Fortbestehen der Verbindlichkeit geltend macht. Daß die Motive und Protokolle, wie Kleineidam anführt, von dem „nunmehrigen Inhalt des Schuldverhältnisses" reden, ist nicht so durchschlagend. Wenn aber im § 280 Abs. II, wo von der teilweisen Unmöglichkeit die Rede ist, bestimmt wird, daß die Annahme des noch möglichen Teils nicht „abgelehnt" werden darf, so gibt das zu denken. Denn diese Bestimmung steht im Widerspruch zum § 266, nach dem der Schuldner zu Teilleistungen nicht berechtigt ist. Nach unserer Theorie (die Verbindlichkeit besteht fort) kommt es doch zu Teilleistungen; die eine ist die noch mögliche Leistung, die andere der Schadensersatz für den unmöglich gewordenen Teil. Aber § 266 verbietet nicht jede Teilleistung, sondern nur eine willkürliche Teilung — und die liegt hier nicht vor. Man muß sich also dafür entscheiden, daß die Unmöglichkeit das ursprüngliche Schuldverhältnis nicht beseitigt. Der § 282 paßt dann sehr gut zu unserer Regel; denn das Vorbringen des Beklagten, daß ihn keine Schuld treffe, ist nur ein Einwand. Der Beklagte behauptet damit, daß er von seiner Leistungspflicht frei geworden ist. Dafür trägt er die Beweislast[2]). „Wer gebunden ist, muß gelöst werden"[3]). Gelingt ihm der Nachweis nicht, so wird er verurteilt.

---

[1]) Kleineidam: Unmöglichkeit S. 107 ff.

[2]) Leonhard S. 326.

[3]) Rabel, J. W. 1923 S. 286.

Man hat versucht, den § 282 als Vermutung hinzustellen[1]). Dann müßte er aber eine Ausnahme sein; hier liegt jedoch eine Regelung vor, die nur in der materiellen Rechtslage ihren Grund hat.

Hier sei noch erwähnt, daß der Schuldner auch die Beweislast für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen trägt[2]), das er wie eigenes zu vertreten hat (§ 278). Es heißt nämlich im § 282, daß der Schuldner beweisen müsse, daß er nicht zu vertreten habe, also nicht etwa, daß ihn selbst keine Schuld treffe.

Eng zusammen mit der Frage des Verschuldens hängt die der Kausalität. Auch dafür hat der Schuldner die Beweislast[3]). Er muß dartun, daß der zu vertretende Umstand die Unmöglichkeit nicht herbeiführte. Das ist aus § 282 zu entnehmen und der Schwierigkeit, Verschulden und Kausalität voneinander zu trennen. Beweist der Schuldner nur eines von beiden, so haftet er nicht.

§ 8.

Die Beweisführung beim § 282.

Wie ist der Entlastungsbeweis zu führen? Da es sich um den Beweis einer Negative handelt, ist ein direkter Beweis fast immer äußerst schwierig. Man muß deshalb die aus der Beweiswürdigung abgeleiteten Regeln in hohem Maße heranziehen und mehr oder minder große Anforderungen an den Beweis stellen[4]). Bereits aus der Fassung des § 282 ergibt sich, daß der Schuldner nicht den Umstand, der die Unmöglichkeit herbeiführte, in allen seinen Einzelheiten beweisen muß[5]). Er braucht es nicht, wohl aber kann er es, um sich auf diese Weise zu exkulpieren[6]). Mitunter kann sogar die Möglichkeit[7]) einer anderen Entstehungsursache zur Entlastung ausreichen. So ist z. B. der Beweis

[1]) So z. B. Beckh S. 71 ff.

[2]) RG. Bd. 10, S. 167, Seuff. A. Bd. 58 Nr. 160 u. Bd. 78 Nr. 210, J.W. 1906 S. 13.

[3]) Leonhard S. 324 ff.

[4]) Motive Bd. II, S. 48.

[5]) Motive a. a. O.

[6]) RG. Bd. 64, S. 257.

[7]) RG. Bd. 74, S. 342; Bd. 78 S. 434; J. W. 1912 S. 528; 1913, S. 32.

schon als erbracht anzusehen, wenn der Arzt bei einer mißlungenen Operation nachweist, daß der ungünstige Erfolg auch ohne sein Verschulden eingetreten sein kann, und sich ein positiver Anhalt für sein Verschulden nicht ergeben hat[1]). Oft genügt auch der Nachweis, daß der Schuldner bis zum Eintritt der Unmöglichkeit sorgfältig handelte[2]). Von dieser Sorgfalt schließt man dann auf die spätere zur Zeit des Eintritts der Unmöglichkeit. Mitunter wird man den Beklagten als schuldlos ansehen, wenn er beweist, daß er früher bei anderen, ähnlichen Angelegenheiten sorgfältig war[3]). Der Schuldner kann sich auch dadurch entlasten, daß er darlegt, er habe seine Pflicht erfüllt. Dies ist aber stets nur Hilfs-, nicht Hauptthema[4]). In allen Fällen tritt eine Änderung in der Darlegungspflicht ein. Es ist Sache des Gläubigers, durch konkrete Tatsachen die vorläufig für bewiesen erachtete Schuldlosigkeit zu widerlegen[5]); er hat die Widerlegungslast. Wenn nur arglistiges Handeln des Schuldners in Frage kommt, trifft den Gläubiger sehr oft die Anregungslast[6]). Fälschlich reden hier einige Schriftsteller[7]) von einer Verschiebung der Beweislast. Zum Teil beruht dies auf der Verwechselung von Beweislast und Beweiswürdigung, zum Teil behauptet man, der Vorsatz werde nicht vermutet[8]). Davon steht im Gesetz nichts. Ebenso verfehlt ist es, sich auf das römische Recht zu berufen; denn nach den Quellen[9]) muß der Schuldner beweisen: citra fraudem abegisse. Trotz Anregungs- und Widerlegungslast bleibt also die Beweislast beim Schuldner.

---

[1]) RG. Bd. 78, S. 434.

[2]) ROHG. Bd. 6 S. 215, 10, S. 190; 11, S. 148, 404.; Bd. 19, S. 214; 21, S. 1; RG. Bd. 10, S. 136; 11, S. 134; 13, S. 46. Seuff. Arch. 29 Nr. 177; 27 Nr. 124; 32 Nr. 192.

[3]) J. W. 1905 S. 392, ähnlich RG. 11, S. 134.

[4]) Leonhard S. 328.

[5]) J. W. 1908 S. 150 u. öfter, ebenso Motive II, S. 48.

[6]) Leonhard S. 327.

[7]) Beckh S. 231; Fitting S. 72; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. II S. 150; Endemann Lehrb. 1 § 112 Anm. 11; Crome § 157 Anm. 40; vgl. RG. 6 S. 303; 10 S. 167; Seuff. A. 43 Nr. 197; 39 Nr. 128; dagegen: h. M., z. B. Windscheid, Pandekten II § 265 Anm. 17; Oertmann 2 zu § 282; Planck 2 zu § 282; Staudinger § 300 Anm. 1; RG. 56 S. 270.

[8]) z. B. Dernburg a. a. O.

[9]) dig. XIX. 2. loc. cond. l. 9. § 4.

§ 9.

Die einzelnen Anwendungsfälle für § 282.

Der § 282 enthält einen allgemeinen Grundsatz unseres Rechts. Überall, wo es im Anschluß an ein bestehendes Schuldverhältnis wegen schuldhafter Verletzung einer Leistungspflicht zu einer Haftung kommt — mag sie auf Schadensersatz gehen oder einen sonstigen Rechtsnachteil für den Schuldner haben — oder, wie das Reichsgericht sagt[1]), „wenn der Schuldner gegenständlich vertragswidrig handelt", trägt er die Beweislast für Verschulden. Bei einer derartigen Pflichtverletzung liegt stets Unmöglichkeit oder Verzug vor. Da der Schuldner sich bei der Unmöglichkeit und beim Verzug[2]) entlasten muß, findet § 282 auch in den anderen Haftungsfällen Anwendung. Im folgenden sollen die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über eine derartige Haftung des Schuldners erörtert werden. Eine Zusammenfassung nach irgendeinem Gesichtspunkt scheint nicht ratsam. Wir gehen deshalb nach der Stellung im Gesetz vor.

§ 254. Hat der Verletzte selbst schuldhaft gehandelt, so hängt die Schadensersatzpflicht überhaupt und auch ihr Umfang davon ab, inwieweit der eine oder der andere Teil den Schaden verursacht hat (§ 254). Muß der Beklagte seine Einwendung, daß den Kläger ein Verschulden treffe, auch beweisen? Nach herrschender Meinung trägt der Beklagte ganz allgemein für die Schuld des Verletzten die Beweislast[3]), nach Wach[4]) ausdrücklich auch dann, wenn der Verletzte seinerseits einer Vertragspflicht zuwider handelte. Nach anderer und richtiger Ansicht muß sich in diesem Falle der Verletzte exkulpieren[5]). Denn warum soll der § 282 hier nicht gelten? Ein Beispiel[6]) möge die Rechtslage

---

[1]) RG. 90 S. 135. (nicht genau im übrigen).

[2]) Vgl. darüber S. 29 zu § 285.

[3]) z. B. Enneccerus I, 2 § 236. 5.; Staudinger § 254 Anm. 7; Warneyer BGB. § 254 Anm. 7; Wach ZZP. Bd. 29 S. 390; RG. 60, S. 147 ff.; 83 S. 17 ff.; weitere Zitate bei Rosenberg S. 406 Anm. 7.

[4]) Wach a. a. O.

[5]) Rosenberg S. 407; Leonhard S. 319; RG. 58 S. 413; 61 S. 55; Warneyer 1908 Nr. 318; 1912 Nr. 61 (dort weitere Zitate); J. W. 1905 S. 392; 1908 S. 971; Recht 1917; 566; Planck § 254 Anm. 6.

[6]) RG. 58 S. 413.

erläutern. Der Kläger hat die Aufsicht über ein Pferd übernommen. Dieses scheut und verletzt ihn. Das Pferd entzieht sich also seiner Aufsicht und fügt dann Schaden zu. Dem Anspruch auf Schadensersatz gegen den Tierhalter nach § 833 setzt dieser das eigene Verschulden des Klägers entgegen. Dieser hat nun darzulegen, daß er bei Führung der Aufsicht, obgleich sich das Tier dieser Aufsicht entzogen hat, die ihm durch Vertrag auferlegte Sorgfalt beobachtete. Gelingt ihm der Nachweis nicht, so ist anzunehmen, daß er seine Vertragspflicht verletzte — erträgt mithin die Beweislast —, und er kann, wenn überhaupt, nur nach Maßgabe des § 254 Schadensersatz verlangen.

§ 265. Es handelt sich um das Unmöglichwerden einer Leistung bei der Wahlschuld. Dann soll sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen beschränken. Diese Beschränkung tritt aber dann nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat (§ 265). Ist der Gläubiger wahlberechtigt, so hat der Schuldner nach § 282 die Beweislast für sein Verschulden. Allerdings setzen wir uns in Widerspruch mit dem Satzbau; nach ihm („tritt nicht ein, wenn . . . zu vertreten") hätte der Gläubiger zu beweisen[1]). Aber es handelt sich hier nur um eine Fassung, die aus Gründen leichterer Darstellung, der Kürze wegen, gewählt wurde[2]). Man kann der Satzfassung höchstens für die Anregungslast Bedeutung zumessen[3]).

§ 285. Unstreitig ist, daß der Schuldner beim Verzug den Exkulpationsbeweis zu erbringen hat[1]). Dafür spricht auch die Fassung des Gesetzes. „Der Schuldner kommt nicht in Verzug, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat" (§ 285). Behauptet also der Schuldner, daß er ohne sein Verschulden nicht rechtzeitig geleistet habe z. B. durch

---

1) so in der Tat Kleineidam: Unmöglichkeit, S. 2.

2) Leonhard S. 74. ebenso entscheidet bei § 265 die h. M. z. B. Kisch, Grünhuts Z. 20, 231 A. 13; Planck § 265. A. 5.

3) Leonhard, S. 321.

4) so h. M.; z. B. Leonhard S. 338, Rosenberg S. 397; vgl. auch Anm. 1 auf S. 30 d. Arbeit.

Streik, Krankheit usw., und kann er den Beweis dafür nicht erbringen, so wird er verurteilt[1]).

§§ 323 ff. Die §§ 275 ff. und die §§ 284 ff. gelten auch bei den gegenseitigen Verträgen, also auch § 282 und § 285. Verlangt der Gläubiger der Leistung bei einem gegenseitigen Vertrage Schadensersatz wegen schuldhafter Unmöglichkeit oder wählt er eine andere Rechtsfolge des § 325, so hat der Schuldner zu beweisen, daß er nicht zu vertreten habe. Beim § 326 ist vom Schuldner darzulegen, daß der Verzug ohne seine Schuld eintrat. Mit einigen Worten wollen wir noch auf die übrigen im Gesetz genannten Fälle eingehen. § 323 bestimmt, daß die Gegenleistung untergeht, wenn die Leistung durch Zufall unmöglich wird, und im § 324 wird gesagt, daß sich die Gegenleistung erhält, wenn der Gläubiger der Leistung deren Unmöglichkeit schuldhaft herbeiführte. Daß der im § 323 auf die Gegenleistung verklagte Gläubiger — für die Leistung ist er Gläubiger, für die Gegenleistung jedoch Schuldner; er sei kurz Gläubiger genannt —, wenn er die Unmöglichkeit der Leistung einwendet, auch seine Schuldlosigkeit dartun muß, leuchtet ein; denn er will doch von seiner Leistungspflicht (der Gegenleistung) nach § 323 frei werden. Vorraussetzung dafür ist aber, daß die Leistung durch Zufall (ohne seine Schuld) untergegangen ist. Klagt der Schuldner auf die Gegenleistung, wendet der Gläubiger ein, die Leistung sei unmöglich geworden, und bringt der Schuldner darauf vor, der Gläubiger selbst habe dieses zu vertreten (§ 324), so trifft den Gläubiger nach § 282 die Beweislast[2]). Die herrschende Meinung[3]) will dem Schuldner den Beweis für das Verschulden des Gläubigers auferlegen. Als Grund wird hauptsächlich angeführt, daß § 323 die Regel bilde und § 324 die Ausnahme. Doch davon steht im Gesetz nichts[4]). Im Abs. II des § 324 wird dem eben erwähnten Fall die vom Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit während des Annahmeverzugs des Gläubigers gleichgestellt.

[1]) Vgl. z. B. OLG. R. Bd. 16 S. 373, Seuff. A. Bd. 57 Nr. 59; Bd. 68 Nr. 10; J. W. 1911 S. 361.

[2]) Leonhard S. 352, Schollmeyer § 323, Anm.; Beckh S. 231.

[3]) z. B. Enneccerus § 373; Staudinger § 324 Anm. 8; Warneyer, BGB. § 324 Anm. 6; Planck § 323 Anm. 1.

[4]) Leonhard S. 352.

Klagt der Schuldner auf die Gegenleistung, wendet der Beklagte die Unmöglichkeit ein und beruft sich der Kläger auf den Annahmeverzug des Beklagten, so hat der Kläger zu beweisen, daß er nicht zu vertreten habe[1]).

§ 338. Der Empfänger darf die Draufgabe behalten, wenn die von dem Geber geschuldete Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich wird, oder der Geber die Wiederaufhebung des Vertrages verschuldet. Auch hier hat sich der Schuldner trotz des abweichenden Wortlautes zu entlasten[2]). Danach müßte der Gläubiger beweisen, daß der Schuldner zu vertreten hat, weil das Verschulden scheinbar Voraussetzung für das Behalten der Draufgabe ist. Jedoch macht der Schuldner durch die Einwendung, er habe nicht zu vertreten, nur geltend, von seiner Haftung — dem Verlust der Draufgabe — frei geworden zu sein. Die Rechtslage ist die gleiche wie bei der nachträglichen Unmöglichkeit (§ 275 ff).

§§ 339 ff. Der Schuldner hat für den Fall, daß er nicht oder nicht gehörig erfüllt, eine Vertragsstrafe versprochen. Diese ist verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Beim Verzug muß aber der Schuldner seine Schuldlosigkeit nachweisen, um frei zu werden (§ 285), deshalb auch hier[3]). Anscheinend ist nach § 339 Satz 2 Verschulden für die Haftung nicht nötig, falls die Leistung in einem Unterlassen besteht[4]). Trotzdem muß man die Verwirkung der Strafe wohl davon abhängig machen[5]) und dem Schuldner den Entlastungsbeweis auferlegen[6]).

§§ 346 ff. Hat der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder eine anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet, so ist der Rücktritt ausgeschlossen (§ 351). Die Beweislast für seine Schuldlosigkeit hat der Schuldner, trotz des entgegenstehenden Wortlauts

---

[1]) Leonhard a. a. O.; a. M. Beckh S. 231, vgl. dazu oben S. 27.
[2]) Rosenberg S. 403, Wach ZZP. 29 S. 390.
[3]) so für das Gemeine Recht: ROHG. 1, S. 112; 2, S. 247; 11 S. 132; RG. 1 S. 303; 20 S. 34. Ebenso jetzt Leonhard S. 354; Endemann 1 § 87c, S. 485.
[4]) so h. M.
[5]) Leonhard, Lehrbuch, S. 61.
[6]) Seuff. A. 57 Nr. 245, Seuff. A. 44 Nr. 95.

(„wenn . . . . verschuldet hat")[1]. Klagt z. B. der Berechtigte auf Rückgabe infolge Rücktritts und macht der Gegner geltend, daß die Rückgabe der Gegenleistung dem Schuldner unmöglich geworden und somit der Rücktritt ausgeschlossen sei, so hat der Schuldner (der Gegenleistung) zu beweisen, daß die Unmöglichkeit ohne seine Schuld eintrat. Gelingt dies nicht, so wird der Kläger abgewiesen.

§ 374. Wenn der Schuldner dem Gläubiger die Hinterlegung einer Sache nicht anzeigt, so haftet er auf Schadensersatz (§ 374). Die Anzeige darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist. Dafür hat der Schuldner nach § 282 die Beweislast. Durch den Satz mit „wenn" wird dies ausgedrückt[2].

§ 467. Wie beim Rücktritt hat auch bei der Wandlung der Wandelnde (Berechtigte) seine Schuldlosigkeit darzulegen, wenn die Rückgabe der Sache unmöglich geworden ist[3]. § 467 verweist auf § 351.

§ 498. Für schuldhafte Verschlechterung, den Untergang oder eine anderweitige Unmöglichkeit vor Ausübung des Wiederkaufsrechts haftet der Wiederverkäufer auf Schadensersatz (§ 498). Er muß entgegen dem Wortlaut, wie im § 351, die Beweislast für Verschulden tragen[4]. Denn es liegt ein bedingter Rückkauf vor[5], und der Schuldner (Wiederverkäufer) behauptet, er sei von seiner Verpflichtung, die Sache im alten Zustand herauszugeben, durch die unverschuldete Unmöglichheit nach § 275 Abs. I frei geworden.

§ 538. Es handelt sich um die Schadensersatzpflicht des Vermieters, der hier Schuldner ist, für vertretbare Mängel, die während der Mietszeit eintreten. Die Beweislast für Verschulden hat der Vermieter[6]. Wendet also der Vermieter auf die Klage

[1]) so h. M., z. B. Warneyer 1908 Nr. 621 = J. W. 1908, S. 478 = = Seuff. A. 63, Nr. 221; J. W. 1904, S. 140 = Gruchot 48, S. 898; Gruchot 54, S. 930 = Bayr. Zivilrechtspfl. 3. 10, 156; Recht 1911, Nr. 3434; 1918, Nr. 987 A.M.: (Bedenken dagegen) Stein ZPO. § 282 IV 4 a zu Note 78.

[2]) Leonhard, S. 360.

[3]) Rosenberg, S. 403; Leonhard, S. 367; Warneyer 1908, Nr. 621 = J. W. 1908, S. 478; Warneyer 1910, Nr. 148.

[4]) Leonhard S. 368; Rosenberg S. 403; Wach, ZZP. 29, S. 390; Weyl; System der Verschuldensbegr. S. 623.

[5]) Enneccerus 1, § 339.

[6]) Seuff. A. 36 Nr. 118.

des Mieters ein, daß er nicht zu vertreten habe, so macht er geltend, daß ihm die Leistung, die Mietssache im ordnungsmäßigen Zustand zu erhalten, schuldlos unmöglich geworden und er insoweit von seiner Leistungspflicht befreit sei.

§ 548. Der Mieter haftet für vertretbare Veränderungen und Beschädigungen der Mietssache (§ 548 arg. e. contr.). Er verletzt seine Rückgabepflicht. Diese Pflicht führt zwar das Gesetz nicht ausdrücklich an. Eine derartige Bestimmung war im § 520 des I. Entwurfs vorgesehen, wurde aber als überflüßig gestrichen[1]). Der Mieter muß seine Schuldlosigkeit nachweisen[2]), um darzutun, daß er von seiner Rückgabepflicht insoweit frei geworden ist. In dieser Behauptung liegt eine Gegenwirkung, und dafür hat der Schuldner, der Mieter, die Beweislast. Das zeigt auch die Fassung des § 548: „Der Mieter hat n i c h t zu vertreten . . .".

§ 602. Diese Vorschrift ist sogar in der Fassung dieselbe wie § 548. Alles das oben für § 548 Gesagte gilt auch hier. Der Entleiher hat also den Erkulpationsbeweis, daß er Veränderungen und Verschlechterungen der entliehenen Sache nicht zu vertreten habe[3]).

§ 616. Danach soll der Dienstpflichtige seinen Lohn erhalten, wenn er ohne sein Verschulden eine unerhebliche Zeit an der Dienstleistung verhindert ist. Klagt er seinen Lohn ein und legt der Dienstherr dar, daß der Pflichtige unerhebliche Zeit verhindert war, so hat dieser zu beweisen, daß es ohne sein Verschulden geschah[1]). Dies wird allgemein anerkannt.

§ 617. Es ist streitig[5]), ob der Dienstverpflichtete, wenn er bei dauerndem Dienstverhältnis in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, erkrankt und den Dienstherrn auf Verpflegung usw. in Anspruch nimmt, zu beweisen hat, daß er unverschuldet erkrankte. M. E. ist dies zu bejahen, denn es entspricht dem Tatbestand und dem § 282. Der Satzbau hat dann nur für die Anregungslast Bedeutung.

---

[1]) Protokolle S. 1971 ff.

[2]) Wach ZZP. 29, S. 390 ff.; Krückmann, i. Iher. Jb. Bd. 65, S. 21; Recht 1922, 1395; 1914, 1557 u. 2994, OLG. R. 16, S. 423; 17, S. 389; 23, S. 38; Seuff. A. 71, Nr. 56.

[3]) Rosenberg S. 402; Leonhard S. 327.

[4]) Leonhard S. 372.

[5]) dafür: Leonhard S. 372; dagegen: h. M. z. B. Planck, § 617 Anm. 3 g; Schultzenstein, Arch. f. bgl. R. Bd. 23, S. 300 ff.; Wach, ZZP. 29, S. 390.

§ 618. Danach ist der Dienstherr zur Einrichtung der Räume und Vorrichtungen in der Weise verpflichtet, daß der Arbeiter gegen Gefahren für Leib und Leben geschützt ist. Wird er wegen eines derartigen Mangels haftbar gemacht, so muß er sich exkulpieren[1]).

§ 628. Bei der Kündigung kann auch die Frage nach der Beweislast für Verschulden auftauchen. Wenn nämlich der Lohn im voraus entrichtet ist und der Dienpflichtige kündigt, so hat er den Lohn entweder nach § 812 (nur soweit er noch bereichert ist) oder nach § 347 (also nach Rücktrittsrecht alles Empfangene) zurückzuerstatten, je nachdem die Kündigung infolge eines Umstandes erfolgte, den er zu vertreten hat oder nicht. Dafür, daß er schuldlos ist, trägt der Dienstpflichtige die Beweislast[2]).

§§ 633 ff. Beim Werkvertrag ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und ohne Fehler ist, die den gewöhnlichen Wert usw. mindern (§ 633). Tut er die schuldhafterweise nicht, so haftet er nach § 635 auf Schadensersatz. Daß er schuldlos ist, hat er nach § 282 zu beweisen[3]).

§ 645. Ist das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer Ausführungsanweisung untergegangen, so behält der Unternehmer den Anspruch auf einen entsprechenden Teil des Lohnes. Es darf jedoch nicht etwa ein Umstand hinzugekommen sein, den der Unternehmer zu vertreten hätte. Dafür trägt dieser die Beweislast. Er muß sich also entlasten, wenn auf seine Klage auf Vergütung der Gegner (der Besteller) den Untergang des Werkes geltend macht. Dafür spricht hier wieder die Gesetzesfassung.

§ 652. Beim Mäklervertrag kann es insofern zu einer Haftung kommen, daß der Auftraggeber vertragswidrig die sonst mit Sicherheit eingetretene Vermittlung des Mäklers vereitelt und z. B. selbst abschließt. Der Auftraggeber muß dann nach § 282 nachweisen, daß ihn keine Schuld trifft[4]).

---

[1]) OLG. R. 10, 179, Recht 19, 1386.
[2]) Leonhard S. 373.
[3]) RG. 101, 153.
[4]) Recht 1916, 49.

§ 665. Weicht der Beauftragte von den Weisungen des Auftraggebers ab — dies darf er unter gewissen Voraussetzungen —, so ist er haftfrei, wenn es schuldlos geschah. Das hat er aber zu beweisen[1]).

§ 681. § 282 gilt nicht nur bei Verträgen, sondern auch bei den sogenannten Quasi-Kontrakten. Dahin gehört die Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Geschäftsführer ohne Auftrag, der zur Durchführung des einmal übernommenen Geschäfts gemäß dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn verpflichtet ist, hat seine Schuldlosigkeit zu beweisen, wenn er gegen diese Pflicht verstößt[2]).

§ 694. Bei der Verwahrung ist der Hinterleger zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache entstanden ist, wenn er Schuld hatte. Bezüglich der Beweislast dafür ist zu unterscheiden: Liegt die Schuld bei der Erfüllung, so hat der Hinterleger nach § 282 die Beweislast, liegt sie beim Vertragsschluß, der Verwahrer[3]). Der Gegner hat eventuell die Abwehrlast, da er leichter beweisen kann, daß er selbst den Mangel nicht kannte oder die nach dem Gesetz erforderliche Anzeige abgeschickt hat.

§§ 701, 702. Der Gastwirt haftet für die Beschädigung oder den Verlust von eingebrachten Sachen auf Schadensersatz. Bestreitet er seine Ersatzpflicht, so hat er sich nach § 282 zu exkulpieren. Für den Verlust oder die Beschädigung von Wertsachen, Geld oder Kostbarkeiten haftet er sogar über den Betrag von 1000 Mk. hinaus, wenn ihn oder seine Leute ein Verschulden trifft. Dafür hat er die Beweislast[4]).

§ 732. Wie in all den Fällen, in denen eine Partei eine übergebene Sache zurückgeben soll, so haftet auch die Gesellschaft für die schuldhafte Verschlechterung oder den schuldhaften Untergang einer von einem Gesellschafter zur Benutzung

---

[1]) RG. 86, 321; 90, 135; J. W. 1901, 411.
[2]) J. W. 1901, 725.
[3]) Leonhard S. 375. Ohne Unterschied: Protokolle II, S. 401; Planck zu § 694; für § 282 auch Weyl a. a. O., S. 623; vgl. RG. 93, 166.
[4]) Leonhard S. 375.

überlassenen Sache. Auch hier ergibt die Fassung, daß sich die Gesellschaft entlasten muß[1]).

§ 1050. Der Nießbraucher muß beweisen, daß er die Veränderungen und Verschlechterungen der Sache nicht zu vertreten hat. Wie in den §§ 548, 602 ergibt sich das aus der Satzfassung[2]).

§ 1833. Der Vormund hat zu beweisen, daß er bei der Pflichtverletzung schuldlos handelte[3]). Mit Recht hat das Reichsgericht es abgelehnt, dies mit seiner Rechenschaftspflicht zu begründen[4]). Die Beweislast ist vielmehr aus dem Wesen des Schuldverhältnisses abzuleiten[5]). Das Reichsgericht[6]) will allerdings dem Mündel die Beweislast geben, weil die Satzfassung („der Vormund haftet, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt") darauf hindeute. Die Fassung kann aber nicht ausschlaggebend sein. Das Reichsgericht entscheidet doch auch bei den §§ 338, 351, 498 entgegen dem Satzbau[7]).

§ 2132. Bei der Nacherbfolge trägt, ähnlich wie beim Nießbrauch, der Vorerbe bei Beschädigungen der herauszugebenden Sache die Beweislast für Verschulden[8]).

§ 2227. Danach kann der Testamentsvollstrecker aus wichtigem Grunde, insbesondere wegen grober, schuldhafter Pflichtverletzung, entlassen werden. Den Nachweis, daß er schuldlos handelte, hat der Testamentsvollstrecker[9]).

Der Grundsatz des § 282 ist auch im Handelsrecht mehrfach festgelegt. So haften der Kommissionär und der Lagerhalter für Beschädigungen der in ihrer Verwahrung befindlichen Güter (§§ 390, 417 HGB.), der Spediteur, der Frachtführer und der Verfrachter für Beschädigungen des zur Verfrachtung übergebenen Gutes (§§ 407 Abs. II, 429, 606 HGB.), „es sei denn", daß die Be-

[1]) Wach, ZZP. 29, S. 390; Leonhard S. 327.
[2]) Rosenberg S. 405; Leonhard S. 327.
[3]) Rosenberg a. a. O.; Leonhard S. 408.
[4]) RG. 76, 186; vergl. Warneyer 1911, 476.
[5]) Rosenberg a. a. O.
[6]) RG. 76, 186.
[7]) Vgl. Anm. zu §§ 338, 351, 498.
[8]) Rosenberg a. a. O.
[9]) Leonhard S. 417; vgl. auch Seuff. A. 43, 197 (für das Gemeine Recht).

schädigung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, Frachtführers oder Verfrachters nicht abgewendet werden konnte. Die Schuldner haben also auch hier die Beweislast für Verschulden;[1]) die Satzfassung deutet es an. Im § 58 des Binnenschiffahrtsgesetzes ist durch den Satz, „sofern er (der Frachtführer) nicht beweist", die Beweislast ausdrücklich ausgesprochen.

Schließlich sei noch erwähnt, daß der § 282 bei der Haftung des Staates für die Beschädigung oder den Verlust von Sachen, die einem seiner Beamten übergeben sind, Anwendung findet[2]). So hat sich z. B. der Beamte zu exkulpieren, wenn eine ihm übergebene Urkunde abhanden kommt[3]). Es liegt eben ein dem Verwahrungsvertrag ähnliches Verhältnis vor. Selbst wenn ein Hoheitsakt des Staates vorgenommen wurde, greift womöglich § 282 ein[4]).

2. bei positiver Vertragsverletzung und Verschulden beim Vertragsschluß.

§ 10.

Der Begriff der positiven Vertragsverletzung und ihre gesetzliche Grundlage.

Wir wenden uns der dritten, neben Verzug und Unmöglichkeit bestehenden Haftungsart aus einem Schuldverhältnis zu, den sogenannten „positiven Vertragsverletzungen". Unser Gesetz läßt den Schuldner nur für Unmöglichkeit und Verzug haften. Eine allgemeine Bestimmung, durch die jegliche schuldhafte Vertragsverletzung getroffen würde, wie es der code civil[5]) hat, fehlt. Das Reichsgericht[6]) glaubt zwar, im § 276 eine derartige Vorschrift gefunden zu haben. Wenn es auch nicht ausdrücklich

[1]) Vgl. z. B. für den Fall beim Frachtführer RG. 106, 421.
[2]) Leonhard S. 328; RG. 51, 221; 74, 342; J. W. 1908, 411.
[3]) RG. 74, 342.
[4]) RG. 51, 221.
[5]) art. 1384.
[6]) z. B. RG. 52, 18; 56, 289; 61, 120; 68, 192; 83, 321; 106, 22. Dem RG. schließen sich zahlreiche Schriftsteller an: z. B. Krückmann, Arch. f. d. ziv. Pr. 101, S. 190, Jher. Jb. 59, S. 311; Dernburg, D. J. Z. 1903, S. 1; Kipp, D. J. Z. 1903, S. 253.

gesagt sei, so sei doch aus dem Wortlaut („der Schuldner hat zu vertreten") auf die Schadensersatzpflicht zu schließen[1]). Damit ist aber noch nicht gesagt, wann der Schuldner zu vertreten hat, und ferner bedeutet „zu vertreten haben" nach unserem Gesetz nicht immer „Schadensersatz leisten müssen"[2]). Auch der Zusammenhang und die Stellung des § 276 im Rechtssystem sprechen gegen das Reichsgericht[3]). Man könnte nun denken, daß neben Unmöglichkeit und Verzug die Haftung aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff.) genügen würde[4]). Sie ist jedoch zu eng. Denn der Schuldner kann dem Gläubiger auch Schaden zufügen, ohne ein in § 823 Abs. I geschütztes Rechtsgut zu verletzen und ohne ein Schutzgesetz, wie es § 823 Abs. II verlangt, zu übertreten[5]). Ferner verjährt der Anspruch aus §§ 823 ff. bereits in 3 Jahren, sonst in 30 Jahren. Auch kann sich der Schuldner für die zur Verrichtung bestellten Leute nach § 831 exkulpieren, nicht aber bei seiner vertraglichen Haftung nach § 278. Sodann ist der Zusammenhang mit dem Schuldverhältnis so augenscheinlich, daß eine Haftung aus ihm nur allzu billig erscheint. Andererseits lassen sich nicht alle Fälle, bei denen der Schuldner aus Billigkeit haften muß, bei Unmöglichkeit oder Verzug unterbringen. Gemeinsam ist allen drei Haftungsarten die Verletzung einer Vertragspflicht; denn nur ein Verstoß gegen eine solche Pflicht kann aus einem Vertrage haftbar machen[6]). Sonst ließe sich jede Haftung des Schuldners aus dem Schuldverhältnis ableiten. Wir werden aber sehen, daß sich die Fälle der Unmöglichkeit und des Verzugs von denen der positiven Vertragsverletzung im übrigen in Voraussetzung und Wirkung unterscheiden. Wir müssen, da es sich um ein nur von der Wissenschaft und Praxis berücksichtigtes Gebiet handelt, vorerst den Begriff der positiven Vertragsverletzungen festlegen, nach einer möglichen gesetzlichen Grundlage suchen und können erst dann auf die Beweislast für Verschulden eingehen.

---

[1]) RG. 53, 201.
[2]) Vgl. z. B. § 462.
[3]) Vgl. im übrigen Staub, Die positiven Vertragsverl. S. 7 ff.; auch Zitelmann, Festschr. S. 266 ff.
[4]) so Kipp, a. a. O. S. 256.
[5]) Lehmann, Arch. f. d. ziv. Pr. 96, S. 78.
[6]) Krückmann, Arch. f. d. ziv. Pr. 101, S. 203.

Um den Begriff klar herauszuarbeiten, wollen wir davon ausgehen, was nicht zu den positiven Vertragsverletzungen gehört. Meist begnügt man sich mit der Definition, daß es sich um Fälle handele, die weder Verzug noch Unmöglichkeit bedeuten. Die Schwierigkeiten beginnen aber erst hier. Denn eine scharfe Abgrenzung der positiven Vertragsverletzungen von der Unmöglichkeit ist im Einzelfalle nicht immer einfach. Es fehlt bei diesem negativen Satz auch noch das gemeinsame Merkmal für die positiven Vertragsverletzungen und ferner auch die Grenze dafür, wo die Haftung des Schuldners aus Vertrag überhaupt aufhört.

Staub[1]) hat geglaubt, das Gemeinsame dieser Fälle sei das positive Tun, das sich gegen eine Unterlassungspflicht richte. Dies sagt Staub ganz allgemein bei jeder Unterlassungspflicht[2]). Es ist jedoch zu unterscheiden. Wird eine Unterlassung als alleinige Hauptverpflichtung geschuldet, so liegt Unmöglichkeit vor[3]). Durch das Zuwiderhandeln gegen die Pflicht wird die Erfüllung unmöglich. Nach § 241 Abs. II kann die Leistung auf ein Tun oder ein Unterlassen gehen. Es ist nun kaum denkbar, daß in den §§ 275 ff. und den §§ 323 ff. auf einmal nicht mehr daran gedacht ist, daß auch das negative Tun unter diese Bestimmungen fällt. Zwar steht das positive Tun in den §§ 275 ff. usw. im Vordergrunde und kommt in der Fassung allein zum Ausdruck; aber deshalb darf man noch nicht folgern, wie Staub[4]) es tut, daß ein Verstoß gegen eine Unterlassungspflicht nicht unter Unmöglichkeit oder Verzug fällt. Zwar wird eine reine Unterlassungspflicht höchst selten sein, besonders im Gebiet der gegenseitigen Verträge, während die positive Leistung und somit auch ihre Unmöglichkeit im täglichen Leben häufig auftritt. Deshalb mutet uns die Anwendung der Unmöglichkeitsgrundsätze bei einer Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassung seltsam an. Daraus folgt aber noch nicht, daß es sich hier um keine Unmöglichkeit im juristischen Sinne handelt. Die Besonderheit

[1]) Staub, Positive Vertragsverl., S. 6 ff.

[2]) Staub a. a. O. S. 10.

[3]) Enneccerus S. 165; Lehmann S. 75 ff.; Zitelmann S. 270; Schöller, Gruch Beitr. 46, S. 26 ff.; Rogowsky, Arch. f. d. ziv. Pr. 104, S. 303; Siber, Iher. Jb. 50, S. 181 ff. — a. M.: Krückmann, Arch. f. d. ziv. Pr. 101, S. 216, Iher. Jb. 59, S. 344; RG. 54, 228.

[4]) Staub a. a. O. S. 9 u. 10.

liegt also nicht in der Art der Verletzung, sondern nur in der Art der Verpflichtung[1]). Staub[2]) sagt, daß die Leistung durch die Zuwiderhandlung gar nicht unmöglich würde; denn auch nach der Zuwiderhandlung könne sehr wohl unterlassen werden. Nur das Rückgängigmachen der einmal geschehenen Übertretung sei unmöglich geworden[3]). Diese sei aber nicht Gegenstand des Vertrages. Krückmann[4]) führt dazu weiter aus, daß nicht die Zuwiderhandlung, sondern die Zeit die Unmöglichkeit schaffe. Wenn z. B. für zwei Monate eine Unterlassung geschuldet würde, so wäre nach Ablauf der zwei Monate das Unterlassen während dieser Zeit unmöglich geworden, ganz gleichgültig, ob der Schuldner zuwider gehandelt habe oder nicht. Beide versuchen auf diese Weise nachzuweisen, daß der § 241 Abs. II bei den §§ 275 ff. nicht gelten könne[5]). Dieser Nachweis ist als mißlungen anzusehen. Staub hat freilich insofern recht, als die Unterlassung nicht durch die Zuwiderhandlung unmöglich wird, sondern mit Ablauf der für sie bestimmten Zeit. Aber die Unterlassung ist dann unerfüllt geblieben. Man müßte die Unterlassungspflicht eigentlich in Einzelleistungen zerlegen. In jedem Augenblick wird eine einzelne Leistung geschuldet. Es ist also genau so zu verfahren wie bei Dauerleistungen auf ein positives Tun[6]). Bei beiden faßt man der leichteren Darstellung wegen zusammen. Wird bei einer positiven Dauerleistung einmal nicht erfüllt, so redet man von Unmöglichkeit. Warum nun nicht bei Unterlassungen? Daß das Rückgängigmachen der Übertretung unmöglich geworden ist, kann gleichgültig sein. Ebenso ist es belanglos[7]), ob die Unterlassung von nun ab unmöglich ist. Denn auch die Dauerleistung von positiven Diensten ist noch weiterhin möglich, selbst wenn z. B. der Dienstpflichtige einen Tag lang nicht gearbeitet hat, und trotzdem spricht man von

[1]) Zitelmann S. 270.
[2]) Staub S. 11.
[3]) Staub S. 42.
[4]) Krückmann, Archiv S. 216.
[5]) Siber (S. 188) und Lehmann (S. 73) folgern aus der Natur der Unterlassungspflichten, daß es bei ihnen keinen Verzug gibt. — a. M.: Zitelmann S. 271.
[6]) Siber S. 182.
[7]) Siber S. 185.

Unmöglichkeit. Es trifft auch nur für § 306 und nicht für § 280 zu, daß bei der Beurteilung, ob Unmöglichkeit vorliegt, die Zeit vor der Pflichtverletzung zugrunde zu legen ist[1]). Bei §§ 275 ff. geht es vielmehr darum, ob die Leistung durch die Pflichtverletzung unmöglich geworden ist, oder genauer, ob die für den Zeitpunkt der Pflichtverletzung geschuldete Unterlassung durch den Zeitablauf unmöglich geworden und die Leistung infolge der Pflichtverletzung in jenem Zeitpunkt nicht erfüllt ist[2]). Es handelt sich also nicht darum, ob das äußere Unterlassen unmöglich wurde, sondern die Leistung, die auf das Unterlassen geht. Es wird dauernde Unmöglichkeit vorliegen, wenn nur eine einmalige Unterlassung geschuldet wird, d. h. wenn die Unterlassung nur dem Gegenstande nach festgelegt ist. Handelt es sich um eine zeitlich begrenztes Unterlassen, so liegt bei einer Übertretung teilweise Unmöglichkeit vor[3]).

Eine weitere Gruppe von Fällen ist von den positiven Vertragsverletzungen auszunehmen[4]), wenn sie auch gemeinhin oft zu diesen gerechnet werden[5]). Es handelt sich um die Verletzung von schuldnerischen Nebenpflichten. Lehmann[6]) spricht hier von sekundären Unterlassungspflichten. Der Leistungsinhalt eines Schuldverhältnisses ist so differenziert, daß er nicht bis ins Kleinste gesetzlich festgelegt werden kann, er ist vielmehr nur in concreto festzustellen; denn oft ergeben sich die Pflichten nur nach Treu und Glauben. Der Schuldner hat nun die Nebenpflicht, alles das, was zur Unmöglichkeit oder zur Verzögerung der Leistung führen könnte, schon nach Begründung des Schuldverhältnisses auch noch vor Fälligkeit der Leistung zu unterlassen[7]). Das Unterlassen ist hier also mit einem positiven Tun, der Hauptleistung, kombiniert. Damit ist der Inhalt der Nebenpflicht aber noch nicht erschöpft. Sie geht nicht nur auf ein Unterlassen; es ist auch möglich, daß der Schuldner etwas tun soll, was der

---

[1]) so Staub S. 37, 42.
[2]) Siber a. a. O.
[3]) Schöller a. a. O. S. 26; Lehmann S. 73; Enneccerus S. 163.
[4]) Vgl. zum Folgenden: Zitelmann, Festschr. S. 272 ff.
[5]) z. B. Oertmann § 276 Anm. 6, D. J. Z. 1907, 481.
[6]) Lehmann S. 67.
[7]) Zitelmann S. 273; Lehmann S. 67.

Obligation dienlich ist. Lehmanns Ausdruck erfaßt also nur die eine Seite der Verpflichtung. Wir reden deshalb besser von einer Obhutspflicht[1]). Diese Pflicht ist nicht für sich zu werten, sie hat nur eine vorbereitende Rolle. Es kann z. B. nicht auf Erfüllung geklagt werden. Eine Verletzung hat nur Bedeutung, wenn die Hauptleistung dadurch unmöglich wird[2]). Ist es nicht der Fall, so bleibt die Verletzung wirkungslos. Nur in Ausnahmefällen wird dies eintreten. Meistens wird die Hauptleistung unmöglich werden. Man spricht deshalb nur von der Unmöglichkeit der Hauptverpflichtung. Wichtig ist diese Pflicht nur insofern, als für die Haftung des Schuldners bei der Frage „des zu vertreten habens" der Zeitpunkt maßgebend ist, an dem der Obhutspflicht zuwider gehandelt wurde und nicht der, in dem erfüllt werden sollte, aber nicht erfüllt ist. Ein Beispiel möge das Ganze erläutern: Der Mieter ist zur Rückgabe der Sache nach Beendigung der Mietzeit verpflichtet. Wir wollen diese Rückgabepflicht als eine Hauptpflicht des Mieters annehmen. Ob sie das tatsächlich ist, bleibe hier dahingestellt. Der Mieter hat während der Mietszeit die Obhutspflicht über die gemieteten Sachen. § 548 sagt, daß der Mieter Verschlechterungen und Beschädigungen der gemieteten Sache, die durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt werden, nicht zu vertreten hat. Daraus folgt, daß er andere Verschlechterungen zu unterlassen hat. Führt er sie trotzdem herbei, so handelt er seiner Obhutspflicht zuwider und hat also zu vertreten. Durch diese Verschlechterung ist aber die Rückgabe unmöglich geworden, denn der Mieter sollte im vertragsmäßigen Zustand zurückgeben. Der Vermieter kann nun Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit fordern. Kommt es gar nicht zu einer Rückgabe — nehmen wir an, der Mieter beerbt den Vermieter —, so kann der Vermieter nicht etwa schon vorher wegen Verletzung der Obhutspflicht Ansprüche auf Schadensersatz geltend machen[3]).

Neben dieser Obhutspflicht gibt es noch andere, selbständige Nebenpflichten, die der Leistungspflicht neuen Inhalt geben. Sie

[1]) Zitelmann a. a. O.

[2]) Zitelmann S. 273; Lehmann S. 77.

[3]) Vgl. auch § 558 (Verjährung).

entstehen durch Gesetz, Parteiwillen oder nur nach Treu und Glauben. Auch hier läßt die Vielgestaltigkeit der Erscheinungen des täglichen Lebens einen gemeinsamen Nenner nicht aufkommen. Der Inhalt dieser Nebenpflicht kann positiv oder negativ sein. Lehmann[1]) denkt wiederum nur an die Unterlassungspflichten und nennt sie deshalb auch sekundäre Unterlassungspflichten. Es gibt aber auch positive z. B. die Abnahmepflicht des Käufers (§ 433) oder die Anzeigepflicht des Mieters bei drohender Gefahr (§ 545). Ist eine derartige Pflicht verletzt, so kann dies sowohl in der Form der Unmöglichkeit als auch in der des Verzuges geschehen, und zwar wird es sich meist um teilweise Unmöglichkeit handeln[2]), da daneben noch eine Hauptpflicht besteht und diese erfüllt ist. Zitelmann[3]) verlangt jedesmal eine Untersuchung darüber, ob die Nebenpflicht so wichtig ist, daß das ganze Schuldverhältnis von der Verletzung ergriffen wird, oder ob der Zusammenhang nur so locker war, daß das ganze Schuldverhältnis nicht berührt werden darf, weil vor allem die Hauptleistung ordnungsmäßig erfolgt ist. Wäre das Letztere der Fall, so müßten allerdings andere Folgen und nicht die der Unmöglichkeit oder des Verzugs eintreten. Diese Ansicht ist nicht zu billigen. Entweder handelt es sich um eine solche Pflicht, daß die Unmöglichkeitsgrundsätze — wenn auch nur die für die teilweise Unmöglichkeit — unbedenklich für die ganze Leistung angewandt werden können, oder es ist überhaupt verfehlt, von einer Nebenpflicht zu sprechen[4]). Nur in dem ersten Falle sind also wirkliche Nebenpflichten vorhanden. Man muß daher sagen, daß eine Verletzung einer selbständigen Nebenpflicht die Leistung teilweise unmöglich macht. Auch hier soll die Rückgabepflicht des Mieters als Erläuterung dienen. Die Hauptpflicht des Mieters ist das Zahlen des Zinses (§ 535). Daneben besteht die Rückgabepflicht. Sie ergibt sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben und der Entstehungsgeschichte des § 548. Eine ausdrückliche Normierung erschien den Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches überflüssig; sie strichen

---

[1]) Lehmann S. 67.

[2]) Enneccerus S. 163; für Unterlassungspflichten: Lehmann S. 75.

[3]) Zitelmann S. 275.

[4]) so dem Sinne nach Leonhard S. 533.

daher die Bestimmung des I. Entwurfs, die diese Rückgabepflicht ausdrücklich festlegte[1]). Wird nun die Rückgabepflicht verletzt, so ist unbedenklich von teilweiser Unmöglichkeit der ganzen Leistung des Mieters zu sprechen, sodaß der Vermieter die sich aus den Bestimmungen über gegenseitige Verträge (§§ 323 ff.) ergebenden Ansprüche geltend machen kann. Die Zuwiderhandlungen gegen eine Unterlassungspflicht als selbständige Hauptpflicht und auch die Verletzung von Nebenpflichten — mag es sich nun um eine Obhutspflicht oder eine selbständige handeln — fallen also nicht unter den Begriff der positiven Vertragsverletzung.

Es bleibt noch eine dritte Art von Haftungsfällen, die tätsächlich im Gesetz nicht geregelt ist. Hier ist die Erfüllung so fehlerhaft, daß der Gläubiger Schaden erlitten hat[2]). Zitelmann[3]) spricht von „Schlechterfüllung". Dieser Ausdruck ist nicht ganz genau, denn auch bei mangelhafter Lieferung, durch die kein weiterer Schaden, sondern nur ein solcher wegen Nichterfüllung entsteht, handelt es sich um eine schlechte Erfüllung, z. B. wenn die verkaufte Sache durch schlechte Verpackung zerbricht. Mit anderen Worten, eine Schlechterfüllung kann sowohl zur Unmöglichkeit als auch zur positiven Vertragsverletzung führen oder aber auch zu beiden gleichzeitig. Hier sei auch noch erwähnt, daß der Ausdruck „positive Vertragsverletzung" nicht zutreffend ist. Staub glaubte, das positive Tun gegen eine Unterlassungspflicht sei das Gemeinsame. Wir haben aber gesehen, daß auch bei dem Zuwiderhandeln gegen eine Unterlassungspflicht ein solches vorliegt, und doch handelt es sich um Unmöglichkeit. Also kommt es nicht nur bei den positiven Vertragsverletzungen vor. „Vertragsverletzung" ist auch nicht richtig. Es ist allgemein anerkannt, daß es diese Verletzung von Pflichten bei allen Schuldverhältnissen gibt. Es ist aber schwierig, wenn nicht unmöglich, mit einem Schlagwort das Gemeinsame, Charakteristische zu erfassen. Wir müssen daher den Ausdruck vorläufig beibehalten. Wenn Enneccerus[4]) von „Forderungsver-

---

[1]) Protokolle Bd. II S. 1971.

[2]) Zitelmann S. 276; Leonhard S. 335; Enneccerus S. 162.

[3]) Zitelmann a. a. O.; Siber (S. 192) u. Kiß (Arch. f. d. ziv. Praxis 31, S. 83. ff.) reden von „Andersleistung".

[4]) Enneccerus S. 163.

letzungen" spricht, so wird nur ein Fehler beseitigt. Diese Änderung ist m. E. nicht zweckmäßig.

Es handelt sich also um Fälle, bei denen der Schuldner durch seine Handlung, die Erfüllungshandlung sowohl bei Haupt- als auch bei Nebenpflichten sein kann, dem Gläubiger Schaden zufügt. Zwei Arten sind denkbar. Bei der einen ist die Erfüllungshandlung selbst mangelhaft und der Gläubiger kommt dadurch zu Schaden. Der Schuldner liefert z. B. krankes Vieh, und dadurch wird das gesunde Vieh des Gläubigers angesteckt. Bei der anderen erfüllt der Schuldner zwar gut, fügt aber bei der Erfüllung dem Gläubiger Schaden zu. Beispiel: Der Schuldner soll Gardinen aufstecken und drückt dabei eine Fensterscheibe ein. Das Reichsgericht[1]) will hierbei entscheidend sein lassen, ob der Schaden durch die Erfüllungshandlung selbst und nicht nur aus Anlaß oder bei Gelegenheit entstanden ist und ob eine vertragliche Nebenpflicht verletzt wurde. Es dürfte jedoch schwierig sein, eine scharfe Trennungslinie zwischen den reinen Erfüllungshandlungen und denen nur aus Anlaß der Erfüllung vorgenommen zu ziehen[2]). Daß es unbeachtlich ist, ob eine Nebenpflicht verletzt ist, ergibt sich aus dem oben Gesagten. Wir sahen, daß auch bei der Verletzung von Nebenpflichten Unmöglichkeit vorliegen kann. Aber darin ist dem Reichsgericht[3]) zuzustimmen, daß es darauf ankommt, ob die Vertragsleistung selbst vereitelt ist oder nicht. Das ist wesentlich für unseren Begriff. Fälle, in denen der Schuldner gegenständlich vertragswidrig handelt[4]), sind zur Unmöglichkeit zu rechnen, weil dann eine Nichterfüllung im juristischen Sinne vorliegt. Bei den positiven Vertragsverletzungen ist die Leistung selbst erfolgt, aber daneben noch ein besonderer Schaden entstanden, der allerdings erst durch den Vertrag bedingt ist. Es ist denkbar, daß durch die Schlechterfüllung sowohl Unmöglichkeit als auch positive Vertragsverletzung nebeneinander vorliegen, jedoch nur bei dem Fall der fehlerhaften Erfüllungshandlung, bei dem der schädigenden

---

[1]) J. W. 1908, 236 = Seuff. Arch. 68, 201 = Warneyer 1908, 294; J. W. 1912, 682; J. W. 1923, 286.

[2]) Leonhard S. 335; Rabel, J. W. 1923, 286.

[3]) J. W. 1923, 286.

[4]) RG. 90, 135 (nicht ganz genau); ähnlich 97, 117; 99, 101.

Nebenwirkung nicht. Nehmen wir an, daß die gelieferten kranken Tiere so minderwertig sind, daß die Lieferung Nichterfüllung ist, und daß gleichzeitig die gesunden Tiere angesteckt wurden, so haftet der Schuldner sowohl nach den Grundsätzen der Unmöglichkeit als auch nach denen der positiven Vertragsverletzung. Durch dieses Beispiel wird auch der Unterschied bezüglich des Schadensersatzes treffend charakterisiert. Nur der Schaden, der durch die Nichterfüllung entstanden ist, wird nach den Regeln der Unmöglichkeit ersetzt, der besondere Schaden über das Erfüllungsinteresse hinaus (die Ansteckung der gesunden Tiere) kann nur aus positiver Vertragsverletzung verlangt werden.

Wir hatten oben zu Anfang unserer Erörterung gesagt, daß der Schuldner eine Vertragspflicht verletzen muß. Welche Pflicht hat der Schuldner hier überhaupt? „Der Schuldner soll seine Geschäftsabwicklung so einrichten, daß der Gläubiger keinen Schaden erleidet[1])". Diese Pflicht ist selbstverständlich, sie ergibt sich ohne weiteres aus Treu und Glauben. Sie ist in der Pflicht, überhaupt zu erfüllen, bereits enthalten; denn wenn der Schuldner erfüllen soll, so soll er doch gut erfüllen. Es handelt sich nicht um eine eigene Pflicht neben der Erfüllungspflicht. Beide sind untrennbar. Man könnte von der Kehrseite der Erfüllungspflicht reden. Es ist daher falsch[2]), wenn Lehmann[3]) von der Nichterfüllung einer sekundären Unterlassungspflicht spricht. Logisch wäre es denkbar. Die Schlechterfüllung ist dann die Zuwiderhandlung gegen die Pflicht, die Schlechterfüllung zu unterlassen, also die Nichterfüllung dieser Pflicht. Aber die Natur dieser Pflicht ist eine ganz andere als die der oben angeführten, die Lehmann ebenso nennt. Sie ist keine vorbereitende und auch keine selbständige Nebenpflicht; denn die vorbereitenden Pflichten gehen darauf, daß der Schuldner alles die Unmöglichkeit oder den Verzug Herbeiführende unterlassen soll. Ihre Unselbständigkeit bedarf keiner Erörterung. Wir haben also einen neuen Begriff für diese Pflicht des Schuldners und somit auch für dessen Haftung nötig, da sich beide bei den bisherigen nicht einordnen lassen.

---

[1]) RG. 73, 347.

[2]) Vgl. dazu besonders Zitelmann S. 278 ff.

[3]) Lehmann S. 68; dem Sinne nach Schöller (S. 27), der hier die Pflicht, vertragswidrige Handlungen zu unterlassen, annimmt,

Wie ist die Schadensersatzpflicht aus positiver Vertragsverletzung gesetzlich zu begründen? § 276 haben wir bereits oben abgelehnt, aber auch die Regeln der Unmöglichkeit[1]) und die des Verzuges passen nicht[2]). Es handelt sich nämlich bei der Schlechterfüllung um eine ganz andere Art von Schaden als bei dem durch die Nichterfüllung entstandenen. Außerdem treffen die Voraussetzungen für die Unmöglichkeit auf unsere Fälle meistens nicht zu. Ebenso liegt keine Nichterfüllung einer sekundären Unterlassungspflicht vor, wie wir oben sahen. Die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches haben an diese Art der Haftung nicht gedacht. Sie waren wahrscheinlich der Ansicht, mit den Bestimmungen über die Unmöglichkeit und den Verzug alles erfaßt zu haben. Dies ist jedoch nicht der Fall. Es bleibt uns kein anderer Weg, als die Analogie zu Hilfe zu nehmen und den Schuldner analog der Haftung aus Unmöglichkeit und Verzug nach §§ 280, 286 usw. auch für die Schlechterfüllung verantwortlich sein zu lassen[3]). Man darf jedoch nicht jede Bestimmung über die Haftung wegen Nichterfüllung ohne weiteres übernehmen. Vielmehr ist jedesmal zu prüfen, ob die Analogie zweckmäßig und gerecht ist.

§ 11.

Die Beweislast für Verschulden.

Nachdem wir Begriff und gesetzliche Grundlage der positiven Vertragsverletzungen festgestellt haben, wenden wir uns der Beweislast für Verschulden zu. Daß der Kläger die Verletzung nachweisen muß, wird allgemein anerkannt. Wer das Verschulden zu beweisen hat, ist streitig. Es geht nicht an[4]), die Beweislast von Fall zu Fall bald dem Kläger und bald dem Be-

---

[1]) Goldmann-Lilienthal S. 333 Anm. 13; Schöller, Gruchot Beitr. 46, 26 ff. Für alle Pflichten, da Unterlassung: RG. 54, 101; Seuff. A. 56, 219.

[2]) so Lehmann, Arch. f. d. ziv. Pr. 96, S. 67, 77; Zitelmann, Festschr. S. 278.

[3]) Zitelmann, S. 279; Blume, Iher. Jb. 55, S. 231 ff.; Krückmann, Arch. f. d. ziv. Pr. 101, S. 190, 214 u. 229 (er zieht § 276 als Erkenntnisgrund heran); Oertmann zu § 276; Enneccerus, Lehrb. S. 164; Staub S. 15, 23 (nur Analogie zu § 286); Dörr, Recht 1913, 454 (wie Staub unter Heranziehung von § 160).

[4]) Rosenberg S. 405.

klagten zu geben[1]). Nur die Beweisführungspflicht[2]) wird von Fall zu Fall anders sein können, aber nie die Beweislast. Ebenso kann man der Annahme als Erfüllung keine Bedeutung für die Verteilung der Beweislast zumessen[3]). Dies widerspricht dem oben aufgestellten Grundsatz der Unabänderlichkeit der Beweislast. Die Annahme als Erfüllung kann höchstens auf die Beweiswürdigung Einfluß haben. Wir haben gesehen, daß bei Unmöglichkeit und Verzug der Beklagte den Exkulpationsbeweis erbringen muß, und haben dargelegt, daß sich der Gedanke des § 282 durch das ganze Bürgerliche Gesetzbuch hindurchzieht und nicht nur bei den §§ 275 ff., 323 ff. gilt, also dort, wo die Unmöglichkeit ausdrücklich geregelt ist, sondern noch in vielen anderen, ähnlichen Fällen. Man hat nun gesagt, da der § 282 bei fast jeder Haftung des Schuldners gelte, er auch hier Anwendung finden müsse[4]). Aber ebenso oft wird auch gelehrt, daß der § 282 gerade bei den positiven Vertragsverletzungen nicht passe[5]). Rosenberg[6]) erklärt die Anwendung dieses Paragraphen damit, daß die Vorschriften über die Unmöglichkeit analog heranzuziehen seien, wenn nicht sogar direkt — das Letztere haben wir oben bereits abgelehnt —, folglich müsse der § 282 auch bei den positiven Vertragsverletzungen Geltung haben. Rosenbergs Schlußfolgerung ist jedoch falsch, wie wir vorhin sahen; denn es muß erst jede einzelne Bestimmung der §§ 275 ff. daraufhin geprüft werden, ob sie überhaupt analog anzuwenden ist oder nicht. Analogie ist immer eine Frage der Rechtsähnlichkeit und Billigkeit. Uns scheint es billiger zu sein, dem Kläger die Beweislast aufzubürden. Der § 282 hat

---

[1]) OLG. R. 28, 191 = Recht 1913, 653.

[2]) OLG. R. 28, 191.

[3]) Rosenberg S. 405. — a. M.: Warneyer 1910, 425.

[4]) Düringer-Hachenburg, § 347 Anm. 12; Bendix, Arch. f. bürgerl. Recht 24, 115; Oertmann, § 282 Anm. 2; Haymann, Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung, S. 37; Planck, § 282 Anm. 2 d; Zitelmann, Festschr. S. 280 ff., Rosenberg S. 399 ff.; Rabel, J. W. 1923, 286/87.

[5]) Leonhard S. 334 ff.; Förster-Kann, ZPO. I, S. 726 zu §§ 275 ff.; Goldscheider, Gruchot Beitr. 60, 380 ff.; Staub, § 347 Anm. 16 und § 377 Anm. 130; Enneccerus, § 273 Anm. 4; RGK. § 276 Anm. 1.

[6]) Rosenberg S. 401.

speziell den Fall der Unmöglichkeit im Auge. Dort ist die Rechtslage so, daß der Beklagte nur im Falle der unverschuldeten Unmöglichkeit frei wird, sich aber sonst das Schuldverhältnis in ein solches auf Schadensersatz umwandelt. Es ist doch nur allzu billig, daß der Beklagte seine Schuldlosigkeit darlegt. Er darf nicht schon durch die bloße Unmöglichkeit von seiner Leistungspflicht frei werden[1]). Bei den positiven Vertragsverletzungen handelt es sich aber gar nicht um eventuelle Befreiung oder Nichtbefreiung von der Leistungspflicht, sondern um einen Schaden, der neben der Erfüllung liegt und für den nur deshalb gehaftet wird, weil er doch wiederum durch die Leistung mittelbar entstanden ist. Es greift hier dann die allgemeine Billigkeitserwägung ein, daß der Kläger abgewiesen werden muß, wenn das Verschulden des Beklagten, das Voraussetzung für seinen Anspruch ist, nicht nachgewiesen ist. Es kann allerdings mitunter zweifelhaft sein und das Resultat im Einzelfall nicht immer befriedigen, besonders dann, wenn der Beklagte womöglich vorsätzlich handelte. Aber schließlich ist jedes Beweislasturteil für die eine oder die andere Partei hart, wenn sie eben nur aus dem Grunde, daß sie keine Beweismittel hat, nicht durchdringt. Vielleicht führen die Regeln, die aus der Beweiswürdigung abzuleiten sind, zu einem gerechten Urteil. Allerdings werden sie nicht immer helfen können.

Die obersten Gerichte haben sich oft mit der Frage der Beweislast für Verschulden bei den positiven Vertragsverletzungen befassen müssen. Besonders das Reichsgericht hat in einer reichhaltigen Judikatur Stellung genommen. Und als Beweis für oder gegen die Anwendung des § 282 wird von den Schriftstellern gerade die Rechtsprechung herangezogen, besonders Rosenberg[2]) glaubt in vielen Urteilen des Reichsgerichts und anderer Gerichte den Beweis für die Anwendung des § 282 zu finden. Wir wollen daher die einzelnen Entscheidungen durchprüfen. Daß der § 282 in den meisten der angeführten Urteile anzuwenden ist, bestreiten wir nicht, behaupten jedoch, daß es sich

---

[1]) Recht 1921, 1309.
[2]) Rosenberg S. 401 ff.

in all diesen Fällen zwar um eine schlechte Erfüllung, aber auch gleichzeitig um Unmöglichkeit handelt, oder daß man zum mindesten von der Unmöglichkeit ausgegangen ist. Die Grundlage wäre also eine verschiedene; denn Rosenberg rechnet auch Fälle zu den positiven Vertragsverletzungen, die in Wirklichkeit Unmöglichkeit sind, wenn er sich auch auf Zitelmanns Standpunkt von der „Schlechterfüllung" stellt[1]). In der Anwendung der Zitelmannschen Grundsätze über den Begriff der positiven Vertragsverletzungen auf den Einzelfall liegt der Fehler. Eine große Gruppe von Fällen ragt heraus: die Beschädigung einer fremden Sache, für die jemand die Sorgfaltspflicht hat. Es wird hier im Folgenden immer nur auf den § 9 der Ausführung verwiesen werden, denn dort sind bei den einzelnen Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches die nötigen Ausführungen bereits gemacht. So haben der Kommissionär, der Lagerhalter[2]), der Mieter[3]), der Entleiher[4]), die Gesellschaft[5]), der Beamte[6]), wenn eine ihnen anvertraute Sache durch ihre Schuld untergeht oder auch nur beschädigt wird, den Exkulpationsbeweis zu erbringen. Ueberall besteht eine Verpflichtung zur Rückgabe der Sache, die sich meistens aus Treu und Glauben ergibt. Diese wird unmöglich. Es handelt sich hier um die Verletzung einer vorbereitenden Obhutspflicht. Wird diese verletzt, so hat das für die Haftung des Schuldners nur Bedeutung, wenn die Hauptpflicht selbst, die Rückgabe, unmöglich geworden ist. Durch den Verlust oder die Beschädigung der Sache tritt die Unmöglichkeit der Rückgabe ein. Daher erklärt sich die Anwendung des § 282. Es wird hier auf die Leistung selbst eingewirkt; von einem Schaden neben der Erfüllung kann keine Rede sein, also auch nicht von einer positiven Vertragsverletzung. Ähnlich ist es, wenn der Rücktrittsberechtigte[7]) oder der Käufer[8]) den Untergang oder eine

[1]) Rosenberg S. 388.
[2]) Vgl. S. 34.
[3]) Vgl. S. 31.
[4]) Vgl. S. 31.
[5]) Vgl. S. 33.
[6]) Vgl. S. 35.
[7]) Vgl. S. 29.
[8]) Vgl. S. 30.

wesentliche Verschlechterung des Vertrags- (Kaufs-) gegenstandes veranlaßt hat und deshalb der Rücktritt (die Wandlung) ausgeschlossen sein oder der Wiederverkäufer[1]) Schadensersatz wegen Verschlechterung der Kaufsache leisten soll, oder wenn der Unternehmer[2]) eines Werkes die Beschädigung der anvertrauten, zu bearbeitenden Sache herbeiführt oder der Empfänger einer Draufgabe[3]) dieselbe behalten will, weil der Geber die Wiederaufhebung des Vertrages verschuldet hat. Auch hier wird eine Obhutspflicht verletzt und die Leistung dadurch unmöglich. Um also die Haftung von sich abzuwenden, z. B. den Verlust des Rücktrittsrechts oder auch die Pflicht zur Leistung von Schadensersatz, muß sich der Schuldner exkulpieren. Genau so ist es bei der Beschädigung von Sachen durch den Spediteur, den Frachtführer oder den Verfrachter während der Beförderung[4]). Auch hier liegt aus denselben Gründen Unmöglichkeit der Leistung vor. Beim Personenbeförderungsvertrage tritt durch die Verletzung der Person ebenso Unmöglichkeit ein gemäß dem Grundsatze des Handelsrechts bezüglich der Beschädigung von Sachen, die zur Beförderung übergeben sind. Deshalb hat hier immer der Unternehmer den Exkulpationsbeweis zu erbringen[5]). Ob auch für Unfälle bei vertraglichen Nebenleistungen gehaftet wird, die der eigentlichen Beförderung vor- oder nachgehen, also nicht in die Zeit zwischen Ein- und Aussteigen fallen, ist streitig[6]). Mit was für einem Beförderungsmittel die Beförderung vor sich geht, ob mit einem Auto[7]), mit der Straßenbahn[8]), der Eisenbahn[9]) oder einem Schiff[10]), kann gleichgültig sein. Ferner liegt dann Unmöglichkeit vor und trägt der Schuldner die Beweislast nach § 282, wenn der Beauftragte von den Weisungen des Auftraggebers

---

[1]) Vgl. S. 30.
[2]) Vgl. S. 32.
[3]) Vgl. S. 29.
[4]) Vgl. S. 34.
[5]) so RG. in ständiger Rechtsprechung, z. B. J. W. 1908, 196; 1915, 703; 1918, 171; Recht 1914, 2869; Warneyer 1916, 309 = Recht 1917, 191.
[6]) dafür: J. W. 1915, 703; dagegen: RG. 86, 321.
[7]) Recht 1915, 1524.
[8]) RG. 66, 12 ff.; 83, 347/48; Gruchots Beitr. 56, 895 ff. = Warneyer 1912, 153.
[9]) Vgl. Anm. 5.
[10]) Seuff. Arch. 58, 84.

abweicht[1]), der Braumeister Bier verderben läßt[2]), die Wach- und Schließgesellschaft ein Grundstück mangelhalt bewacht[3]), der Filialleiter Waren aus seinem Bestand abhanden kommen läßt[4]). Hier ist jedesmal die versprochene Leistung unmöglich geworden und durch die Nichterfüllung ein Schaden eingetreten. Schließlich ist die Lage die gleiche, wenn ein Schausteller nicht für genügend sicheren Zugang zu seinen Schaustellungen sorgt[5]) oder ein Gastwirt nicht für die nötige Sicherheit in seinem Lokal, sodaß ein Gast durch eine herabfallende Garderobenleiste, an der er seinen Hut aufhängen will, oder durch Zerspringen eines Trinkglases verletzt wird[6]), oder wenn ein Makler eine unrichtige Schlußnote übersendet[7]). Hier werden selbständige Nebenpflichten verletzt, und deshalb liegt Unmöglichkeit vor, wie wir oben sahen. Der Schaden ist nur durch die Nichterfüllung dieser Nebenpflichten entstanden, hat also mit dem der positiven Vertragsverletzung wenig gemein. Es fehlt in diesen Fällen überhaupt an einer Erfüllung. Daß in dem bekannten Beispiel, bei dem der Hufschmied von einem zu beschlagenden Pferde verletzt wird, dieser den Exkulpationsbeweis zu erbringen hat, wurde bereits oben gesagt[8]). Aber auch hier ist die versprochene Leistung, nämlich das Pferd zu beaufsichtigen, nicht gemacht; deshalb trägt der Hufschmied die Beweislast für Verschulden. Zwei Entscheidungen[9]) — es handelt sich um den Fall, daß ein Gast statt Selterswasser eine ätzende Flüssigkeit erhielt — scheinen von der Unmöglichkeit auszugehen. Hier liegt eine wirkliche positive Vertragsverletzung vor. Trotzdem legt das Reichsgericht dem Beklagten die Beweislast auf, weil „der Kauf mit der nötigen Sorgfalt zu erfüllen" wäre. Wenn das Reichsgericht schließlich ganz allgemein sagt[10]), daß der Beklagte bei allen Vertragsverletzungen die Beweislast habe, wenn er nämlich gegenständlich

---

[1]) RG. 90, 135; für das gemeine Recht: RG. 34, 223.
[2]) Recht 1910, 951.
[3]) Warneyer 1921, 143.
[4]) OLG. Braunschweig in Seuff. Arch. 62, 64.
[5]) Warneyer 1916, 160.
[6]) RG. 15, 12 ff.; J. W. 1910, 281; vgl. auch Warneyer 1916, 103 (Pflicht für Sicherheit der Kellertreppe gegenüber einem Bediensteten).
[7]) OLG. Hamburg im Recht 1916, 49.
[8]) Vgl. oben S. 26.
[9]) RG. 97, 117; 99, 101.
[10]) RG. 90, 135 (nicht ganz genau).

vertragswidrig handele, so betont Leonhard[1]) mit Recht, daß unter „gegenständlich vertragswidrig" doch wohl gerade Unmöglichkeit und Verzug zu verstehen sind. Eine Entscheidung[2]) bleibt, die für die Ansicht der Gegner spricht. Es wird darin ausdrücklich gesagt, daß der Schuldner bei positiver Vertragsverletzung den Exkulpationsbeweis zu erbringen habe. Sie ist jedoch nur sehr kurz gehalten, und Gründe sind nicht mitgeteilt. Leonhard[3]) vermutet, daß das Reichsgericht nur den bereits allgemein anerkannten, von ihm oft vertretenen Gedanken[4]) ausspricht, daß von der Beschädigung auf die Schuld zu schließen ist und der Beklagte aus diesem Grunde den Gegenbeweis hat.

Andererseits hat sich das Reichsgericht mehrfach für die Beweislast des Klägers bei positiven Vertragsverletzungen ausdrücklich ausgesprochen. Es handelt sich dabei um positive Vertragsverletzungen in unserem, begrenzten Sinne. Das Reichsgericht sagt[5]), daß das Verschulden Voraussetzung des Anspruchs sei und folglich der Kläger die Beweislast trage. So hat es mehrfach entschieden, wenn Rizinuskörner in dem gelieferten Pferdefutter waren und Pferde dadurch erkrankten[6]), eine ätzende Flüssigkeit statt Selters verkauft wurde und der Kläger an seiner Gesundheit Schaden litt[7]), ein „wildes Gewächs" (Viehfutter) statt Rotkohlpflanzen dem Kläger geliefert wurden[8]). Ferner hat auch der Kläger das Verschulden des Arztes zu beweisen[9]), wenn dieser bei einer Operation oder Behandlung dem Patienten an seiner Gesundheit Schaden zufügte. Allerdings greift auch die Beweiswürdigung modifizierend ein. So ist aus der Unordnung beim Beklagten und der mangelnden Aufsicht auf dessen Schuld zu

[1]) Leonhard S. 336.

[2]) Recht 1916, 202.

[3]) Leonhard S. 336/37.

[4]) Vgl. z. B. RG. 86, 321 ff.; Recht 1912, 728.

[5]) besonders ausführlich RG. 66, 289 ff.

[6]) RG. 66, 289 ff.

[7]) Gruchots Beitr. 52. 1016 = J. W. 1908, 237; Seuff. Arch. 63, 201 = Warneyer 1908, 294; Gruchots Beitr. 56, 910 = J. W. 1912, 682 = Recht 1912, 1593; ebenso OLG. Dresden i. Seuff. Arch. 68, 10.

[8]) Gruchots Beitr. 65, 70 ff. = LZ. 1920, 858 = J. W. 1920, 831; Warneyer 1913, 279.

[9]) RG. 78, 432 ff.; J. W. 1912, 528; 1913, 32; Warneyer 1922, 7; vgl. Bachrach, J. W. 1915, 818 (zustimmend).

schließen und ihm daher der Gegenbeweis aufzuerlegen[1]). Man sieht, daß die entschiedenen Fällen von den vorhin angeführten gänzlich verschieden sind. Dort liegt Unmöglichkeit vor, hier positive Vertragsverletzung im wahren Sinne. Die Praxis rechtfertigt also unsere aufgestellte Theorie, und die Billigkeit, die doch gerade im Einzelfall erst zutage tritt, spricht mehr gegen als für die Anwendung des § 282 bei den positiven Vertragsverletzungen.

§ 12.

Die Beweislast für Verschulden beim Vertragsschluß.

Es fehlt noch die Untersuchung über die Beweislast für Verschulden bei der letzten Art der Haftung wegen einer Vertragsverletzung, nämlich wegen Verschuldens beim Vertragsschluß. Erst die Wissenschaft[2]) und die Rechtsprechung[3]) haben den Begriff und die Notwendigkeit der Haftung herausgefunden. Das Verschulden des Beklagten hat hier der Kläger zu beweisen. Wie bei den positiven Vertragsverletzungen kann der § 282 nicht eingreifen, da diese Bestimmung über die Beweislast nur durch die besondere Rechtslage bei der Unmöglichkeit bedingt ist[4]).

3. bei unerlaubter Handlung.

§ 13.

Die allgemeine Regelung.

Bis jetzt haben wir nur die Beweislast für Verschulden bei Fällen vertraglicher Haftung einer Betrachtung unterzogen. Es bleibt noch die Gruppe der unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff.) Hier handelt es sich im Gegensatz zu vorhin um gesetzliche Schuldverhältnisse. Einen allgemeinen Satz, daß schuldhafte, rechtswidrige Verletzung von Rechten haftbar mache, haben wir nicht.

---

[1]) J. W. 1912, 682.

[2]) Leonhard, Verschulden b. Vertragsschluß. 1910.

[3]) z. B. RG. 95, 58; 97, 327; 103, 49; ablehnender RG. 88, 105 u. J. W. 1916, 116.

[4]) Leonhard a. a. O. S. 67; Schneider, Recht 1903, 523; vgl. RG. 66, 289 ff.

Unser Gesetz kennt vielmehr nur einzelne Tatbestände, an die sich die Haftung knüpft. Wir wollen diese einzeln erörtern. „Wer vorsätzlich oder fahrlässig (also schuldhaft) das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt", haftet auf Schadensersatz (§ 823 Abs. I). „Wer der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines Anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen", soll haftbar sein (§ 824). Ebenso „wer eine Frauensperson durch Hinterlist, Drohung usw. zur Gestattung des außerehelichen Beischlafs bestimmt" (§ 825). Vorsätzliches Schadenzufügen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise verpflichtet nach § 826 zum Schadensersatz. Ferner hat ein Beamter, der schuldhaft seine Amtspflicht verletzte, den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen (§ 839). In all diesen Fällen trägt der Kläger die Beweislast für das Verschulden des Beklagten[1]), denn es ist Voraussetzung seines Anspruchs, ist rechtsbegründende Tatsache. § 282 kann keine Anwendung finden, da er nur durch die materielle Rechtslage zu erklären ist. Man wird allerdings aus einer Regelwidrigkeit oder Pflichtverletzung oftmals folgern können, daß ein Verschulden des Beklagten vorliegt, weil nach allgemeiner Erfahrung anzunehmen ist, daß nur das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt den Schaden herbeiführte. Wenn z. B. der Kläger bei Dunkelheit in einen Schacht fiel[2]), den der Beklagte zu beleuchten hat, so wird man daraus schließen, daß der Beklagte bei der Beleuchtung nicht sorgfältig gehandelt hat. Es genügt also der sogenannte primafacie-Beweis und dem Beklagten bleibt es überlassen, Umstände für seine Schuldlosigkeit anzuführen. So hat die Praxis gerade bei Schiffszusammenstößen[3]) und anderen

[1]) so h. M. z. B. Leonhard S. 383; Rosenberg S. 395; Reinhold, Klaggrund, S. 81 ff.; RG. 10, 142 ff. (— Seuff. Arch. 39, 104); 11, 135; 12, 190; J. W. 1897, 450; 1900, 665; Gruchots Beitr. 55, 966; J. W. 1912, 348; 1915, 510. — a. M.: Fitting S. 70 ff.

[2]) J. W. 1912, 980.

[3]) RG. 69, 432 ff.; 76, 297; 80, 235; Warneyer 1909, 153; 1910, 132; 1912, 271 — J. W. 1912, 639; Warneyer 1913, 212; J. W. 1911, 723; OLG. Hamburg im Recht 1914, 343.

Unfällen[1]) entschieden. Aber dies ist nur eine Frage der Beweiswürdigung, nicht der Beweislast. Diese bleibt unverändert beim Kläger. Wir hatten oben bereits gezeigt, daß gerade erst dann, wenn die Beweiswürdigung aufhört, also gar kein Beweis erbracht ist, die Regeln über die Beweislast eingreifen und diese deshalb etwas ganz Anderes sind, und daß die Beweiswürdigung auf die abstrakten Regeln der Beweislast keinen Einfluß haben kann[2]). Der Geschädigte[3]) hat auch beim § 823 Abs. II die Beweislast, nach dem bei schuldhafter Zuwiderhandlung gegen ein Gesetz, das den Schutz eines Anderen bezweckt, der Täter Schadenersatz leisten soll. Aus der Uebertretung allein wird man jedoch oftmals auf die Schuld schließen können, sodaß sich der Beklagte exkulpieren muß[4]). Die Beweislast für Verschulden behält aber trotzdem der Kläger.

Um schuldhaft zu handeln, muß der Beklagte zurechnungsfähig sein. Bewußtlosigkeit oder krankhafte Störung der Geistestätigkeit schließen die Deliktsfähigkeit aus (§ 827 Abs. I). „Hat der Beklagte sich aber selbst durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt", so wird Fahrlässigkeit fingiert (§ 827 Abs. I, S. 2). Die Zurechnungsfähigkeit hat auch der Kläger zu beweisen[5]). Sie gehört mit zur Schuld. Im Falle der Trunkenheit legt die herrschende Meinung jedoch dem Beklagten die Beweislast auf[6]). Sie begründet es zum Teil mit der Fassung des § 827 Abs. I, S. 2, teils

---

[1]) RG. 12, 190; Seuff. Arch. 44, 180; RG. 91, 76; 94, 12; 97, 116 ff.; Warneyer 1911, 476; 1912, 21; J. W. 1912, 348, 390 und 536; 1905, 696; 1906, 437; 1914, 477; Gruchots Beitr. 55, 966; Recht 1911, 729; 1914, 2066/71; Warneyer 1915, 18 = Recht 1915, 1783; Recht 1915, 1524 und 1781; OLG. Dresden in Seuff. Arch. 71, 252; Warneyer 1916, 205; Recht 1919, 56; Seuff. Arch. 73, 211; Recht 1920, 894; Warneyer 1920, 76 = J. W. 1920, 554; Warneyer 1920, 132; Recht 1922, 433; L. Z. 1922, 615; Seuff. Arch. 75, 169.

[2]) Vgl. OLG. Rostock in Meckl. Z. Bd. 20, 9.

[3]) Leonhard S. 384; Rosenberg S. 395; RGK. § 823, Anm. 16; Recht 1925, 34; abweichend: Förster-Kann, ZPO. Bd. I S. 735 und einige der Entscheidungen zu Anm. 4, jedenfalls dem Wortlaut nach.

[4]) so z. B. RG. 91, 76 u. 79; 95, 68; J. W. 1909, 134, 687; 1911, 980; 1912, 390, 536; Warneyer 1912, 23; Recht 1909, 833; Recht 1916, 59.

[5]) RG. 61, 239; Mosbacher S. 74: v. Liszt, Deliktsobligationen, S. 111.

[6]) Weyl, System der Verschuldensbegriffe, S. 586 ff., 623; Cohn, Gruchots Beitr. 48, 132; RG. 51, 30; J. W. 1902, 212; 1905, 48, 581.

damit, daß man sich im bürgerlichen Recht meistens auf die Seite des Geschädigten zu stellen habe und daher auch bei nur wahrscheinlicher Schuld gehaftet werden müsse[1]). Wie wir bei den §§ 351, 498 usw. gesehen haben, kann die Fassung nicht immer ausschlaggebend sein. Die andere Begründung ist äußerst bedenklich. Richtiger ist es deshalb, die Beweislast dem Kläger zu geben, aber durch die Anregungslast, die dem Beklagten aufliegt, ein praktisch billiges Ergebnis zu erreichen[2]).

§ 14.

Die Ausnahmen der §§ 831/834, 836/838.

Es gibt nun im Gebiete der unerlaubten Handlungen allerdings auch Tatbestände, bei denen der Beklagte die wirkliche Beweislast für seine Schuld und damit eng verbunden auch für den Kausalzusammenhang hat. So ist es in den §§ 831, 832, 833 Abs. II, 834, 836, 837, 838. Es handelt sich hier um wirkliche Ausnahmen von der allgemeinen Regel der Beweislast. Das zeigt die Entstehungsgeschichte dieser Paragraphen. Der I. Entwurf[3]) hatte noch die reine Verschuldenshaftung des römischen Rechts. man wollte diese abschwächen, andererseits aber auch die objektive Haftung vermeiden und wählte deshalb den Mittelweg, Man änderte die Beweislast[4]). Die dem Beklagten obliegende Auskunftspflicht als Schuld zu behandeln und dann den § 282 heranzuziehen[5]), geht wohl nicht an. Man muß vielmehr diese Bestimmungen als Vermutungen, also als Ausnahmen von dem allgemeinen Prinzip der Beweislast ansehen[6]). Es wird von einer Tatsache, z. B. im § 831 von der Schädigung durch die zur Verrichtung bestellten Leute, durch das Gesetz auf eine andere, die Schuld des Geschäftsherrn bei der Auswahl, geschlossen. Unser

[1]) so z. B. Beckh S. 205 ff.
[2]) Leonhard S. 384.
[3]) §§ 710, 711, 734; vgl. dazu Motive II S. 735, 737, 812.
[4]) Planck, Lehrb. zu den §§ 831, 832.
[5]) Leonhard, Beweislast, 1. Aufl. S. 409, jetzt a. M.; Endemann I, § 87 a Anm. 36; § 116 Anm. 26. — dagegen: Rosenberg S. 167 ff. und Leonhard S. 385.
[6]) so RG. in seiner Rechtsprechung, Zitate bei Rosenberg S. 227, Anm. 4; ebenso Leonhard S. 385; Betzinger S. 173; v. Liszt S. 111 für die §§ 831, 832, 834; Förster-Kann ZPO. I. § 736 für § 831 BGB.; Hellwig, Syst. I, 475. — a. M.: Rosenberg S. 227 ff. (243).

oben für die Vermutungen aufgestellter Begriff paßt also. Es genügt der Nachweis der objektiven Schadenszufügung, ohne daß die Schuld des nach diesen Paragraphen Haftenden zu beweisen ist. Sache des Beklagten ist es dann darzulegen, daß ihn kein Verschulden trifft oder daß der Schaden auch trotz seiner Sorgfalt entstanden wäre, also der Kausalzusammenhang fehle[1]).

Nach § 831 haftet der Geschäftsherr für den durch einen seiner Angestellten zugefügten Schaden. Der Geschäftsherr muß nun, um frei zu werden, nachweisen[2]), daß er bei der Auswahl der zur Verrichtung bestellten Personen, eventuell bei der Beschaffung der Arbeitsgeräte oder der Leitung der Ausführung der Verrichtung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtete, oder daß der Kausalzusammenhang fehlt, der Schaden nämlich auch trotz dieser Sorgfalt entstanden sein würde (§ 831 Abs. I, S. 2).

Der kraft Gesetzes oder Vertrages zur Aufsicht über eine infolge Minderjährigkeit oder geistigen oder körperlichen Gebrechens aufsichtsbedürftige Person ist für deren Schadenszufügung haftbar. Diese Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Aufsichtspflichtige nachweist[3]), daß er seiner Aufsichtspflicht genügt habe oder daß der Schaden auch trotzdem entstanden sein würde. (§ 832 Abs. I, S. 2).

Der Tierhalter haftet für seine Tiere nach § 833. Er kann sich jedoch exkulpieren und die Ersatzpflicht abwenden. Er muß darlegen[4]), daß er die nötige Aufsicht ausgeübt hat oder daß der Kausalzusammenhang fehlt (§ 833, S. 2). Hat jemand die Aufsicht über ein Tier durch Vertrag übernommen, so tritt er an die Stelle des Tierhalters, sowohl in der Haftung als auch in der Beweislast (§ 834)[5]).

---

[1]) so h. M., z. B. Rosenberg S. 396.

[2]) RG. 53, 125; 59, 205; 87, 2 ff.; 91, 217; J. W. 1907, 674; Warneyer 1919, 89; 1920. 162 = J. W. 1920, 492; Seuff. Arch. 65, 49.

[3]) Weyl a. a. O.; OLG. Oldenburg i. Seuff. Arch. 75, 159.

[4]) Warneyer 1910, 445 = Seuff. Arch. 66, 133; Warneyer 1911, 40; Recht 1911, 2287 = J. W. 1911, 762; J. W. 1914, 36; Gruchots Beitr. 61, 314 = Warneyer 1916, 278; Gruch. Beitr. 62, 802; L. Z. 18, 1214; D. J. Z. 1918, 635 ff.; Seuff. Arch. 66, 264; OLG. R. 39, 201; Warneyer 1914, 250; RG. 58, 413.—a. M.: Korsch S. 48 ff.

[5]) Weyl a. a. O.; Rosenberg S. 396.

Der gegenwärtige (§ 836 Abs. I) oder auch der frühere (§ 836 Abs. II) Eigenbesitzer, der in Ausübung eines Rechts an dem Grundstück Besitzende (§ 837) oder auch der Unterhaltspflichtige eines Grundstücks, Gebäudes oder Werks (§ 838) sind für den durch Einsturz des Gebäudes oder Werks und für den durch Ablösung einzelner Teile entstandenen Schaden verantwortlich. Können sie nicht beweisen, daß sie die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Sorgfalt beobachteten oder daß ein späterer Besitzer oder Unterhaltspflichtiger durch seine Sorgfalt die Gefahr hätte abwenden können (§§ 836, 837, 838), so sind sie zu verurteilen[1]).

§ 15.

Die sonstigen Fälle der Beweislast für Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Zum Schluß wollen wir noch einige, bisher nicht erörterte Bestimmungen unseres Gesetzes, bei denen die Frage der Beweislast für Verschulden auftauchen kann, die sich aber in keine der oben genannten Gruppen eingliedern lassen, durchprüfen. Bei einigen von ihnen wird auf Schadensersatz gehaftet (§§ 53, 663, 1980). Nach § 53 haften die Liquidatoren eines rechtsfähigen Vereins dessen Gläubigern auf Schadensersatz, wenn sie die ihnen nach § 42 Abs. II und den §§ 50—52 obliegenden Pflichten schuldhaft verletzen, sodaß die Vereinsgläubiger Schaden erleiden, insbesondere wenn die Liquidatoren den Anfallsberechtigten den Rest des Vereinsvermögens zu früh aushändigen. Die Beweislast für Verschulden der Liquidatoren tragen die Gläubiger[2]). Es handelt sich hier nämlich nicht um eine Anschlußhaftung, sondern um eine selbständige, da zwischen den Gläubigern und den Liquidatoren kein Schuldverhältnis besteht. Analog ihrer Rechenschaftspflicht, die aus den §§ 48 Abs. II, 27 Abs. III und 666 abzuleiten ist, wird man den Liquidatoren jedoch die Aufklärungslast geben, besonders dann, wenn nur ihre eigenen Handlungen in Frage stehen. Eine selbständige Haftung auf Schadensersatz liegt auch beim § 663 vor. Danach „liegt dem, der zur Besorgung gewisser Geschäfte

---

[1]) Gruchots Beitr. 52, 127 = J. W. 1907, 16, 196; 1913, 867, Gruchots Beitr. 56, 957 ff.

[2]) Leonhard S. 245.

öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, die Pflicht ob, unverzüglich die Ablehnung dem Auftraggeber anzuzeigen, falls er einen Auftrag nicht annimmt". Verletzt er die Anzeigepflicht schuldhafterweise, so haftet er auf Schadensersatz, wenn das Gesetz auch davon nichts ausdrücklich sagt. Es liegt nahe, dem Geschäftsbesorger nach § 282 die Beweislast für Verschulden zu geben. Da es jedoch an einer Hauptpflicht fehlt, kann es auch zu keiner Anschlußhaftung kommen, und deshalb können wir den § 282 nicht heranziehen[1]). Der dritte Fall führt uns ins Erbrecht. Nach § 1980 ist der Erbe bei der Überschuldung des Nachlasses den Gläubigern für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß er nicht unverzüglich nach Erlangung der Kenntnis von der Überschuldung den Nachlaßkonkurs beantragt. Der Kenntnis steht nach Absatz II die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gleich. Daß der Erbe die Überschuldung gekannt oder fahrlässigerweise nicht gekannt hat, muß der Kläger beweisen. Das Verschulden bezieht sich nämlich nicht auf die wirkliche Pflicht des Erben, die Antragsstellung, sondern setzt nur die Frist für die „unverzügliche Anzeige" in Lauf[2]). Der Erbe hat dann darzulegen, daß ihn bei der Versäumung der rechtzeitigen Antragsstellung keine Schuld trifft[3]). Denn es liegt ein der Geschäftsführung ohne Auftrag ähnliches Verhältnis vor und beim Verstoß gegen eine Pflicht aus der Geschäftsführung ohne Auftrag gilt der § 282[4]). Gelingt ihm dies nicht, so haftet er den Gläubigern auf Schadensersatz. Die Rechtsfolgen bei den übrigen Fällen sind mancherlei Art. So muß nach § 912 der Eigentümer eines Grundstücks den Bau über die Grenze bei der Errichtung eines Gebäudes dulden, wenn der Nachbar weder vorsätzlich noch fahrlässig handelte. Der Nachbar hat auf die Beseitigungsklage des Eigentümers den Entlastungsbeweis zu erbringen[5]). Dies ist folgendermaßen zu erklären: Er beruft sich auf eine nachträgliche Beschränkung des Eigentums[6]),

---

[1]) Leonhard S. 374.
[2]) Planck § 1980 Anm. 1 c.
[3]) Leonhard S. 413.
[4]) Vgl. oben S. 33.
[5]) so h. M.: Rosenberg S. 397; Leonhard S. 390; Weyl, System d. Verschuldensbegriffe, S. 623; RG. 47, 114; J. W. 1901, 52; Seuff. Arch. 56. 126; OLG. R. 15, 348; 26, 27; 29, 341; Sächs. Arch. 1911, 388, 402.
[6]) Leonhard a. a. O.

wenn auch der Überbau nach unserem Recht keine besondere Grunddienstbarkeit ist[1]). Wir wenden uns nun dem Rückforderungsrecht des Schenkers wegen eigener Bedürftigkeit (§ 529) zu. Es ist ausgeschlossen, wenn der Schenker vorsätzlich oder fahrlässig seine Bedürftigkeit herbeiführte. Wer dies zu beweisen hat, ist streitig. Nach einer Ansicht[2]) trägt der Beschenkte die Beweislast für das Verschulden des Schenkers, da kein Forderungsrecht vorliege und dieses deshalb auch nicht verletzt werden könne. Nach anderer Ansicht[3]), die wir für richtig halten, muß sich der Schenker exkulpieren. Dies ist m. E. jedoch nicht mit der Anwendung des § 282 zu begründen[4]), sondern einfach damit, daß die Schuldlosigkeit überhaupt Voraussetzung für das Entstehen des Rückforderungsrechts ist. Für die rechtsbegründenden Tatsachen hat aber der Kläger die Beweislast. Es bleiben noch zwei Vorschriften aus dem Familienrecht. Für die Ehescheidung ist nach den §§ 1565 — 1568 Verschulden des Beklagten, ausgenommen bei Geisteskrankheit eines Ehegatten (§ 1569), unbedingte Voraussetzung. Das Verschulden hat immer der Kläger nachzuweisen, sowohl im § 1567 die bösliche Absicht[5]) als auch im § 1568, ob der Beklagte etwa zuerst den Kläger reizte[6]) oder ob die Schuld durch besondere, andere Umstände ausgeschossen war[7]). Beim Unterhaltsrecht haben wir — jedenfalls der Voraussetzung nach — eine ähnliche Vorschrift wie in dem § 529. „Wer durch sittliches Verschulden bedürftig geworden ist, kann nur den notdürftigen Unterhalt verlangen". (§ 1611 Abs. I.) Das Verschulden ist vom Beklagten, der Unterhalt leisten soll, geltend zu machen. Man muß dies als eine Einrede des Beklagten auffassen[8]), daß er analog dem Leistungsverweigerungsrecht bei der Aussteuer nach § 1621 auch hier ein Verweigerungsrecht bezüglich der Differenz zwischen dem sonst üblichen und dem notdürftigen Unterhalt erlangt habe.

---

[1]) Enneccerus (Wolff). Lehrb. , Sachenrecht § 55 S. 162.
[2]) Rosenberg S. 496; Wach, ZZP. 29, 390; Seuff. Arch. 65, 7.
[3]) Leonhard S. 369.
[4]) Leonhard a. a. O.
[5]) Bayr. Z. 1922. 47; RG. 107, 331.
[6]) J. W. 1907, 49; Warneyer 1913, 328; 1916, 52; 1917, 86 = Recht 1917, 1080; L. Z. 1922, 464.
[7]) Recht 1916, 251; 1920, 91; Warneyer 1913, 60.
[8]) Leonhard S. 406.

Inhaltsübersicht.

Schrifttum.

Bähr, Die Grenzen der freien Beweistheorie, in Jher. Jb. Bd. 25 S. 394 ff.
Bar, Recht und Beweis im Zivilprozeß. 1867/68.
Beckh, Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.
Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Teile der Theorie des Zivilprozesses. 1827.
Betzinger, Die Beweislast im Zivilprozeß. 1. Aufl., 1894; 3. Aufl., 1910.
Biermann, Die höhere Gewalt im französischen und englischen Recht, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 10, S. 29 ff.
Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 3. Aufl. 1904.
v. Blume, Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache u. seine Verjährung, in Jher. Jb. Bd. 55, S. 209 ff.
Bozi, Die Weltanschauung der Jurisprudenz. 1909.
Burckhard, Die zivilistischen Präsumptionen. 1866.
Dänzer, Die tatsächliche Vermutung. 1914.
Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 1899.
Dernburg, Über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzungen, in D. J. Z. 1903, S. 1 ff.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. 2. Aufl., 1908/10.
(Förster-) Eccius, Das preußische Privatrecht. 7. Aufl., 1896/97.
Eck, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I, 1898/04.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1903.
Enneccerus, Lehrb. des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1 (22/24. Aufl.); I, 2 (18/21. Aufl.); II. 1 (18/21. Aufl.).
Fitting, Die Grundlagen der Beweislast. 1889.
Foerster-Kann, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl. 1913/1923.
Fuchs, Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz.
Goldmann-Lilienthal, Allg. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1903.
Goldscheider, Die Haftung der Wirte für die Unfälle in ihren Räumen, in Gruchots Beitr. Bd. 60 S. 380 ff.
Haymann, Anfechtung Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung. 1913.
Hedemann, Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches. 1904.
Hellwig, Das System des deutschen Zivilprozesses. Teil I, 1912.
Kipp, Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen, in D. J. Z. 1903, S. 253.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen nach dem bürgerlichen Recht. 1900.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.

Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. 3. Aufl., 1923.

Kohler, Holtzendorffs Enzyklopädie, herausgegeben von . . . . 1913/14.

Korsch, Die Anwendung der Beweislastregeln im Zivilprozeß. Diss., 1911.

Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, in Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 101, S. 1 ff.

Krückmann, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, in Iher. Ib. Bd. 59 S. 20 ff., 233 ff.

Krückmann, Pflichterfüllung und Rechtsausübung, in Iher. Ib. Bd. 65, S. 209 ff.

Kuhn, Die Beweislast, insbesondere im schweizerischen Zivilgesetzbuch. 1912.

Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen, in Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 96, S. 60.

Leonhard, Die Beweislast. 1. Aufl., 1904; 2. Aufl., 1926.

Leonhard, Zur Beweislast, in ZZP. Bd. 35, S. 441 ff.

Leonhard, Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen, 1923.

Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß. 1910.

v. Liszt, Deliktsobligationen. 1898.

Martinius, Behauptungs- und Beweislast bei der Negative und dem bedingten Vertrage. 1902.

Maxen, Über Beweislast, Einreden und Exzeptionen. 1861.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. 1853/55.

Mosbacher, Die Beweislastlehre nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der §§ 929/936. 1914.

Motive zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1888.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. 3/4. Aufl., 1910.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3/4. Aufl.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Reichsgerichtsräten, Das BGB. erläutert von . . . . Bd. I, 1923.

Reinhold, Die Lehre vom Klaggrunde, den Einreden und der Beweislast. 1888.

Rogowsky, Auf welcher gesetzlichen Grundlage beruht der Schadensersatzanspruch des Gläubigers im Falle der Zuwiderhandlung des Schuldners bei Unterlassungsobligationen und weshalb trifft den Gläubiger die Beweislast für die Zuwiderhandlung? in Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 104, S. 300.

Rosenberg, Die Beweislast nach der ZPO. und dem BGB. 1. Aufl., 1900; 2. Aufl., 1923.

Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, besonders der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem BGB., in Gruchots Beitr. Bd. 46, S. 1.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. 1900.
Schulzenstein, § 617 BGB., in Arch. für bürgerliches Recht Bd. 23, S. 219 ff.
Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach dem Reichsrecht, in Iher. Jb. Bd. 50, S. 1 ff.
Staub, Die positiven Vertragsverletzungen. 1904.
v. Staudinger, Das Bürgerl. Gesetzbuch. 5/6. Aufl., 1912.
(Gaupp-) Stein, Die Zivilprozeßordnung. 10. Aufl., 1911/13.
Stölzel, Die Schulung für die zivilistische Praxis. I, 7. Aufl., 1906.
Stölzel, Die Beweislast bei Streit über Darlehnskündigungsfristen, in ZZP. Bd. 35 S. 1 ff.
Ude, Freie Beweiswürdigung und freies richterliches Ermessen, in ZZP. Bd. 6 S. 419 ff.
Wach, Die Beweislast nach dem BGB., 1901, Dekanatsprogramm: ZZP. Bd. 29 S. 359 ff.
Wach, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung. 1879.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozesses. 1880.
Wach, Der Entwurf einer deutschen Zivilprozeßordnung, in Krit. Vtjschr. Bd. 14, S. 223 ff.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I, 1923.
Weber, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Zivilprozeß. 1810; 3. Aufl. 1845.
Wehli, Die Beweislast im neueren Zivilprozeß. Separatabdruck aus den Wiener jur. Blättern, 1896.
Weyl, System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch. 1905.
Windscheid, Pandekten. Bd. I u. II, 3. Aufl.
Zitelmann, Nichterfüllung und Schlechterfüllung, in Festschrift für Krüger. 1911.

Zeitschriften und Entscheidungen.

Archiv für bürgerliches Recht.
Archiv für die zivilistische Praxis.
Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Deutsche Juristen-Zeitung.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Kritische Vierteljahresschrift.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
Juristische Wochenschrift.
Kierulf: Die Entscheidungen des O. A. G. Lübeck.
Leipziger Zeitschrift.
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht.
Das Recht.
Sächsische Archiv für Bürgerliches Recht uud Prozeß.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.
Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle des Königreichs Sachsen.
Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß.

Abkürzungen und Druckfehler.

§§ ohne Zusatz sind §§ des BGB.

Bei den zitierten Entscheidungen ist die erste Zahl die Band- oder Jahreszahl der Sammlung, die folgenden sind die Seiten oder Nummern; z. B. RG. 53, 125, 205 = RG. Bd. 53, S. 125, S. 205.

Seite 32, Zeile 17 muß es heißen: Tut er dies schuldhafterweise.
„ 38, „ 6 „ „ „ : Dieses sei

Lebenslauf.

Am 1. Sept. 1903 wurde ich als Sohn des Obergerichtsvollziehers Karl Wolf und seiner Ehefrau Erna, geb. Diedrich, in Hildesheim geboren. Ich besuchte 6 Jahre die Rektorschule in Hoya a. W. und 6 Jahre das Gymnasium in Goslar a. H. Nach bestandener Reifeprüfung studierte ich an den Universitäten Halle und Marburg Rechtswissenschaft. Am 12. Febr. 1927 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung in Kassel und am 31. Mai 1927 die Doktorprüfung in Marburg.

*

Gedruckt
Bernhard Rindt
Kirchhain

*